



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE**  
**ABOGADA**

**“EL DERECHO DE AUTOR EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD**  
**DE LA INFORMACIÓN: ANÁLISIS DE LOS CASOS NAPSTER,**  
**GROKSTER Y MEGAUPLOAD”**

**NOMBRE: ANA MARÍA ALOMÍAVELÁSTEGUI**

**DIRECTOR: DR. ESTEBAN ARGUDO CARPIO**

**Quito, noviembre de 2015**

 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE  
**CIUDADANÍA**  
APELLIDOS Y NOMBRES  
**ALOMIA VELASTEGUI  
ANA MARIA**  
LUGAR DE NACIMIENTO  
**PICHINCHA  
QUITO  
SAN BLAS**  
FECHA DE NACIMIENTO **1990-05-31**  
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**  
SEXO **F**  
ESTADO CIVIL **Casada**  
**EMILIO JOSE  
ANDRADE GOMEZ**

No. **171607130-1**






INSTRUCCIÓN  
**SUPERIOR**


PROFESIÓN / OCUPACIÓN  
**ESTUDIANTE**

V434313244

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE  
**ALOMIA BOLAÑOS CIRO FRANCISCO ALFONSO**  
APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE  
**VELASTEGUI VIZCARRA ROSARIO DE LOURDES**  
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
**QUITO  
2011-07-15**  
FECHA DE EXPIRACIÓN  
**2021-07-15**







**Ana Maria Alomia**



DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO

000700875

 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**

**ELECCIONES 23 DE FEBRERO DEL 2014**  
**171607130-1 003 / 0030**  
**ALOMIA VELASTEGUI ANA MARIA**  
**PICHINCHA QUITO**  
**RUMIPAMBA RUMIPAMBA**  
**DPLICADO USD: 0**  
**DELEGACIÓN PROVINCIAL DE PICHINCHA - 00261**  
**4213713 06/01/2015 12:46:14**  
**4213713**



2991630

Quito, 21 de septiembre de 2015

Señor Doctor  
Santiago Guarderas  
**DECANO DE LA FACULTAD DE  
JURISPRUDENCIA DE LA PUCE**  
Ciudad.-

De mi consideración:

En mi condición de Profesor designado para la Dirección de la tesina de la alumna ANA MARÍA ALOMÍA VELÁSTEGUI, cuyo título es "EL DERECHO DE AUTOR EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: ANÁLISIS DE LOS CASOS NAPSTER, GROCKSTER Y MEGAUPLOAD", por el presente informo a usted lo siguiente:

En el desarrollo de la monografía, la estudiante cumplió con todos los presupuestos reglamentarios y las sesiones de revisión programadas previamente. Los cambios realizados en la tabla de contenidos, fueron autorizados por el Director de la Disertación.

Por las razones expresadas, solicito comedidamente que se continúe con el trámite correspondiente.

Atentamente,



**Dr. Esteban Argudo Carpio**  
**PROFESOR DE LA FACULTAD**

Quito, D.M., 9 de noviembre de 2015

Doctor  
Manuel Jiménez Moreano  
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE  
Presente.-

De mi consideración:

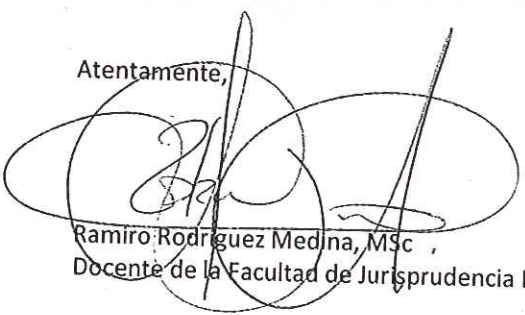
A través de la presente cumpíeme manifestar que he procedido a revisar y evaluar el trabajo de disertación denominado "EL DERECHO DE AUTOR EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: ANÁLISIS DE LOS CASOS NAPSTER, GROCKSTER Y MEGAUPLOAD", elaborado por la señorita Ana María Alomía Velastegui y luego de lo cual debo decir que presenta un interesante proceso investigativo en un área del derecho relativamente nueva, como es la del Derecho de Autor.

La estudiante en un primer momento realiza una revisión adecuada sobre los elementos y las nociones básicas del Derecho de Autor, para posteriormente realizar un análisis respecto de su realidad y su aplicación frente a la sociedad de la información.

Finalmente la estudiante realiza un estudio de casos a través de los cuales busca clarificar y evidenciar de mejor manera el problema planteado, dicho estudio resulta ser altamente interesante y enriquecedor.

Sin embargo en el trabajo de disertación se observan pequeñas imprecisiones de tipo formal que deben ser corregidas, por todo lo antes señalado y luego de haber revisado y examinado el referido trabajo investigativo cumpíeme consignarle la calificación de ocho sobre diez (8/10).

Atentamente,



Ramiro Rodríguez Medina, MSc  
Docente de la Facultad de Jurisprudencia PUCE



**Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.  
Francisco Salazar E14-125 y Mallorca  
Quito**

Quito, 26 de octubre de 2015

Doctor  
Manuel Jiménez M.  
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador  
Ciudad

Ref. Oficio Nro. 422-SJG-15 / Tesis Sra. Ana María Alomía Velástegui

De mi consideración:

En respuesta al pedido formulado mediante Oficio Nro. 422-SJG-15 referente a la tesis previa a la obtención del título de abogada, intitulada **"EL DERECHO DE AUTOR EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: ANALISIS DE LOS CASOS NAPSTER, GROCKSTER Y MEGAUPLOAD"**, elaborada por la señora ANA MARIA ALOMIA VELASTEGUI, en mi condición de profesor informante designado por el señor Decano, tengo a bien participarle lo siguiente:

El tema planteado no deja de ser importante desde el punto de vista teórico y práctico, aun cuando en la Facultad ya existen varios trabajos que lo han analizado, pese a lo cual, su aporte es satisfactorio.

Sus aspectos formales se ajustan a las normas metodológicas de la Universidad, por lo que no admiten observaciones.

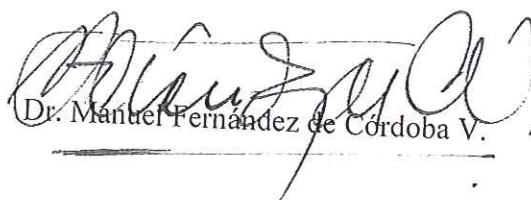
La bibliografía y, en general, las fuentes consultadas, responden a la disponibilidad del medio con relación al tema tratado.

Como en todo trabajo de investigación, existen algunas apreciaciones personales de la alumna con las que no coincido totalmente, lo que no impide debatirlas a la hora de su defensa.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE  
RECIBIDO  
Fecha 10-11-2015 Hora 12h15  
No. de Hojas Por Darwin

Salvo un mejor criterio, se lo califica con la nota de 10/10.

Atentamente,

  
Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.

### **Agradecimiento**

Como no decir gracias a quien, con sus sabias enseñanzas me apoyó y con sus sinceros consejos me llenó de responsabilidad y persistencia hasta culminar con el trabajo iniciado.

Gracias doctor Esteban Argudo, Director de mi trabajo de grado.

### **Agradecimiento**

Como no decir gracias a quien, con sus sabias enseñanzas me apoyó y con sus sinceros consejos me llenó de responsabilidad y persistencia hasta culminar con el trabajo iniciado.

Gracias doctor Esteban Argudo, Director de mi trabajo de grado.



## **Dedicatoria**

A Dios, por sus bendiciones y por estar presente en cada paso de mi vida.

A mis padres, por su amor, comprensión, apoyo y consejos en todos los momentos de mi vida; su ejemplo y valentía me han fortalecido para caminar con seguridad en el logro de mis metas. Gracias papi y mami por creer en mí, el triunfo es de ustedes.

A mi hermano, mi baby genio por su silencioso cariño y solidaridad.

A los compañeros de mi camino: mi esposo, por su amor, comprensión, apoyo incondicional y esfuerzo para ser una familia unida y feliz; a mi pequeño Martín razón de mi vida y persistencia para ser mejor cada día.

A mi papi Mario y mami Marty por su amor infinito.

## Tabla de contenidos

PORTADA .....	i
Carta de autorización del director o directora de la disertación .....	ii
Dedicatoria.....	iv
Agradecimientos .....	v
Tabla de contenidos .....	vi
ABSTRACT .....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
EL DERECHO DE AUTOR .....	3
1.1 Reseña histórica del Derecho de Autor .....	3
1.2 Definición .....	6
1.3 Contenido del Derecho de Autor .....	7
1.3.1 Derechos Morales .....	8
1.3.2 Derechos patrimoniales .....	10
CAPÍTULO II.....	15
DERECHO DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN .....	15
2.1. La Sociedad de la Información y el Derecho de Autor .....	16
2.2. Regulación del derecho de autor en el entorno electrónico y digital.....	19
2.3 Tratados Internet.....	20
2.3.1 El derecho de distribución en el entorno digital .....	21
2.3.2 El derecho de comunicación pública y la puesta a disposición de los contenidos en las redes digitales .....	22
2.3.3 El entorno digital y los derechos de remuneración por copia privada.....	23
2.3.4 Las excepciones o limitaciones al derecho patrimonial en el entorno digital ....	23
2.3.5 El derecho de explotación y los medios técnicos de protección.....	24
2.3.6 Límites al derecho de autor en los programas informáticos .....	25
2.3.7. Los usos honrados del software .....	27
2.4. Medidas tecnológicas de protección.....	30
2.4.1 Relación entre Derecho de autor y medidas tecnológicas de protección .....	32
2.4.2. La efectividad de las medidas tecnológicas.....	33
2.4.3. Elusión e infracción de derechos de autor .....	35
2.5. Gestión Digital de Derechos (DRM) .....	37

2.5.1. Definición .....	37
2.5.2. Funciones esenciales y aplicaciones del DRM.....	39
2.5.3. Desarrollo tecnológico del DRM.....	40
2.5.4 Beneficios y desventajas del DRM.....	42
2.6. La Gestión Colectiva de derechos de autor y derechos conexos en el entorno digital .....	43
2.6.1. Definición .....	44
2.6.2. Estructura de las sociedades de gestión: colectivas e individual.....	46
2.6.3 Naturaleza jurídica de la representación que ejerce la organización de gestión colectiva.....	49
2.6.4. Funciones que comprende La Gestión Colectiva de los derechos de autor y derechos conexos.....	50
CAPÍTULO III .....	53
ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EN LOS CASOS NAPSTER, GROKSTER Y MEGAUPLOAD .....	53
3.1. Software de Intercambio – Sistemas P2P .....	53
3.1.1 Definición .....	54
3.1.2 Clases de sistemas P2P .....	54
3.1.3 Legitimidad e Ilegitimidad .....	57
3.2 Caso Napster.....	59
3.2.1 Napster INC.....	59
3.2.2. Acciones legales de la RIAA contra Napster .....	61
3.2.3. Normas transgredidas por Napster .....	62
3.2.4. Estados Unidos y su protección al derecho de Autor .....	62
3.2.5. Desarrollo del proceso judicial: instancias, argumentos de los demandantes y de la defensa .....	63
3.2.6. Cargos.....	66
3.2.7. Decisión final de la Corte .....	67
3.3 Caso Grokster .....	68
3.3.1. La Empresa Grokster .....	68
3.3.2. Acciones legales de la MGM contra Grokster .....	69
3.3.3. Normas transgredidas por Grokster.....	69
3.3.4. El derecho de Autor en los Estados Unidos .....	70

3.3.5. Desarrollo del proceso judicial: instancias, argumentos de los demandantes y de la defensa .....	72
3.3.6. Cargos .....	72
3.3.7. Decisión del Tribunal de Apelaciones .....	73
3.4 Caso Megaupload .....	74
3.4.1. La Empresa Megaupload .....	74
3.4.2. Acciones legales del FBI contra Megaupload .....	75
3.4.3. Normas transgredidas por Megaupload .....	75
3.4.4. Desarrollo del proceso judicial: instancias, argumentos de los demandantes y de la defensa cargos.....	76
3.4.5. Cargos .....	76
3.4.6. Decisión final de la Corte .....	77
COCLUSIONES.....	78
RECOMENDACIONES .....	81
Bibliografía.....	83

## **ABSTRACT**

En la evolución del derecho, el Derecho de autor se origina en el reconocimiento de la propiedad intelectual en sus diversas manifestaciones. El presente proyecto de tesis busca evidenciar la necesidad de que se establezca mayor seguridad jurídica en la protección de la creatividad de los autores con el respeto de los derechos de propiedad intelectual de sus obras, en razón que la violación de estos derechos es una constante por parte de las personas inescrupulosas que buscan beneficiarse económicamente de la originalidad de estos autores.

El análisis de este trabajo explica la influencia de la tecnología de la comunicación, particularmente del internet, en el desarrollo de esta actividad poco ética que utiliza la reproducción ilegal de material literario, audiovisual, auditivo o de cualquier otra índole, conocidos como copias pirata, ocasionando graves perjuicios respecto al derecho patrimonial que posee el autor; reproducciones ilegales que no pagan las regalías correspondientes a quien originó dicho producto, lacerándose los derechos morales y patrimoniales de aquellos que son capaces de crear con su inventiva, una obra.

Se concluye señalando la necesidad de fortalecer jurídicamente la propiedad intelectual, determinando la responsabilidad de su violación a través de internet y recomendándose se reestablezca el marco sancionador de los delitos que afectan a la propiedad intelectual y en especial al de piratería lesiva al derecho de autor.



## INTRODUCCIÓN

La propiedad es una de las instituciones más antiguas del derecho, surge desde el momento en el que el hombre comenzó a poseer objetos y considerarlos como propios, por lo que su defensa se constituyó en un objetivo fundamental para su permanencia.

Con la evolución histórica, el derecho de autor y derechos conexos han sido objeto de vulneración que se han incrementado con el avance tecnológico y la comunicación digital del presente siglo a pesar de encontrarse protegido por los derechos intelectuales en las legislaciones nacionales e internacionales.

La presencia del internet y sus numerosas aplicaciones al proteger todo tipo de contenido a través de las redes digitales facilita la copia y la reproducción de cualquier producción intelectual con el perjuicio a sus autores.

En este escenario, el Derecho también evolucionó y consideró el avance tecnológico para ofertar una protección legítima al derecho de autor. En el Ecuador, por ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual, en el Art. 25 establece que:

El titular del derecho de autor tiene el derecho de aplicar o exigir que se apliquen las protecciones técnicas que crea pertinentes, mediante la incorporación de medios o dispositivos, la codificación de señales u otros sistemas de protección tangibles o intangibles, a fin de impedir o prevenir la violación de sus derechos. (...) (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

El principal organismo que surge para velar los derechos de autor y que estructura un conjunto de procesos dedicados a esta protección es la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, OMPI, procesos que han incorporado las diferentes legislaciones de los países signatarios, incluido Ecuador, convirtiéndole al derecho de propiedad intelectual en un derecho fundamental que establece una normativa independiente con este propósito.

En el Ecuador la normativa que protege el Derecho de autor consta en la Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Segundo de los Derechos del Buen Vivir, Sección Cuarta, artículo 22; en la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, LPI, y en los Tratados internacionales respectivos. Los Arts. 1 y 4 de la LPI ecuatoriana establece la protección del Estado a los derechos de propiedad intelectual, a los autores y demás titulares en consonancia con la ley, las Decisiones de la Comisión de la Comunidad

Andina y los Convenios Internacionales vigentes en el Ecuador.

La legislación ecuatoriana aborda la reproducción, distribución y difusión de manera masiva y simultánea de las obras intelectuales sin consentimiento del Derecho de autor o conexos, con respuestas tecnológicas y nuevos instrumentos jurídicos que impidan estas acciones, entre los que se cuentan los acuerdos y tratados internacionales que amparan y protegen los derechos de autor y conexos en el mundo digital.

En este contexto se desarrolla el presente trabajo con el objetivo de realizar un breve análisis del derecho de autor, su concepto y contenido, para dar una respuesta a la problemática que surge de la sociedad de la información al ser el internet una herramienta de acceso libre y a través del análisis de los casos Napster, Grokster y Megaupload buscar la adecuada protección jurídica a las creaciones intelectuales que pueden ser de fácil acceso en la red.

# CAPÍTULO I

## EL DERECHO DE AUTOR

### 1.1 Reseña histórica del Derecho de Autor

Grecia, conocida como la cuna de la cultura, luego de la colonización por el Imperio Romano sus costumbres y gustos por el arte fueron transmitidos a los conquistadores, quienes dieron origen al conocido sistema de derecho romano francés.

Es precisamente en Roma y Grecia, por el vasto desarrollo de las artes en todas sus manifestaciones, donde surge la necesidad de regular una forma jurídica para proteger la creación del intelecto, dando lugar al surgimiento del Derecho de autor.

El respeto por el autor de una creación era invaluable ya que desde los inicios mismos de la protección a los autores se repudiaron todos los actos constitutivos de plagio, puesto que las obras eran expuestas y reproducidas por sus creadores.

Hasta el siglo XIV d.C., no se empleaban las copias de forma mecánica, pues todos los documentos eran manuscritos y por tal razón, no estaban permitidas las copias de las obras, con la única excepción de los documentos requeridos para la enseñanza, los mismos que si podían ser copiados. Con la invención de la imprenta en el siglo XV d.C., comienza a verse amenazado el derecho de autor ya que se facilitó el proceso de copiado y por ende la distribución de obras sin la autorización de su creador.

En este período se estableció un régimen de privilegios a favor de los impresores y editores, quienes podían editar las obras y reproducirlas por un determinado tiempo, ocasionando un monopolio legal a las imprentas y desconociendo los derechos del autor.

El régimen de privilegio más antiguo fue otorgado a favor de Giovanni da Spira, en la República de Venecia en el año 1469, hecho sucedido bajo el mismo régimen de la creación en Inglaterra en 1546, que se instituyó la *Stationary Company*, poderoso agrupamiento que garantizaba la protección de los derechos a favor de los libreros. A esta compañía se le otorgó en el año 1557 un derecho perpetuo de *copyright* a manera de un Privilegio Real.

De acuerdo con los principios de operación de esta compañía, el autor debía cumplir con ciertas solemnidades previo al reconocimiento de su obra en los registros de la *Stationers Company*, adicionalmente requería cumplir con el compromiso de entregar varios ejemplares de su obra a los centros de estudios universitarios.

Uno de los instrumentos jurídicos más relevantes de ese tiempo fue el Estatuto de la Reina Ana, que otorgó la protección del derecho de autor al creador de la obra o a quien éste cediera la autoría o titularidad por un tiempo de 14 años. Una vez transcurrido este plazo, si el autor o quien tenía los derechos seguía vivo el plazo del tiempo de protección se extendía a otros 14 años, pero con carácter improrrogable. Con posterioridad a la conclusión de este segundo período, la utilización de la obra era libre.

Este instrumento constituyó un aporte significativo para el reconocimiento del derecho del creador o el titular de la obra como inalienable, frente a cualquier sujeto que pretendiera violar los términos del derecho de autor.

En Francia y en Estados Unidos de América, de forma simultánea, se reguló el reconocimiento a los autores como titulares de los derechos sobre sus obras. En este sentido, en Francia, fueron derogados los decretos que regulaban privilegios de protección para los editores. En el año 1886 algunos países suscribieron el Convenio de Berna con el objetivo de alcanzar su internacionalización, aspiración que se fue consolidando, de manera especial, en el siglo XX con la firma del Convenio y la ratificación de numerosos países.

Este evento sirvió de sustento para la construcción de innumerables leyes nacionales, cuyo corolario fue su consagración en la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, en la que se establece el derecho de autor como un derecho humano.

Entre los documentos e instrumentos internacionales que el Ecuador ha suscrito en materia de derecho de autor, se citan los siguientes:

- el Convenio de Berna sobre derechos de autor, cuyo nombre oficial es Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de noviembre de 1886, y sus sucesivas revisiones posteriores:
  - París, 4 de mayo de 1896;
  - Berlín, 13 de noviembre de 1908;
  - Berna, 20 de marzo de 1914;

- Roma, 2 de junio de 1928;
  - Bruselas, 26 de junio de 1948;
  - Estocolmo 14 de julio de 1967;
  - París 24 de julio de 1971; enmendado finalmente el 28 de septiembre de 1979.  
El Tratado de la Organización Mundial sobre la Propiedad Intelectual, OMPI, sobre Derecho de Autor.
- la Convención de Roma sobre derechos de autor y derechos conexos, de fecha 26 de octubre de 1961. Protege a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas.
  - la Convención Universal de Derecho de Autor, creada por la UNESCO, en Ginebra, en 1952.
  - el Convenio de Washington, creado en la Convención Panamericana de Derecho de Autor, en 1946, cuyo antecedente fue la Convención de Buenos Aires, de 1910, la cual protegía las obras científicas, literarias y artísticas.
  - el Acuerdo de Florencia. Tiene carácter internacional y está patrocinado por la UNESCO, cuyo objetivo es facilitar el flujo gratuito de libros; los materiales científicos, educacionales y culturales mediante la eliminación o reducción de tarifas y barreras arancelarias.
  - Acuerdo entre la Organización Mundial de Comercio, en sus siglas OMC y la OMPI del 22 de diciembre de 1995 que entró en vigor el primero de enero de 1996. Abarca varios sectores de cooperación entre ambas organizaciones con respecto a la aplicación del acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio, en sus siglas ADPIC.
  - el antecedente de la OMC fue el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en sus siglas GATT, instrumento multilateral que se estableció en enero de 1948 para regir el comercio internacional, con vistas a la creación futura de la Organización Internacional de Comercio. En los años posteriores se produjeron siete rondas de negociaciones comerciales:
    - Ginebra, 1947;



- Francia, 1949;
- Inglaterra, 1951;
- Ginebra, 1956;
- 1960-1961 (Ronda Dillon);
- 1964-1967 (Ronda Kennedy);
- 1973-1979 (Ronda Tokio);
- Uruguay, 1986 (Ronda Uruguay) se debía concluir en 1990, pero se extendió por mucho más tiempo. En el Acuerdo Marrakech de la Ronda Uruguay se discutieron e incluyeron los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.
- Fundación de la Organización Mundial del Comercio, en sus siglas OMC, el día 15 de abril de 1994 que entra en funciones el día primero de enero de 1995. El acuerdo sobre los ADPIC es obligatorio para todos los miembros de la OMC.

## **1.2 Definición**

El derecho de autor, protege las creaciones venidas del intelecto humano de cualquier persona creadora de una obra artística, musical, teatral, audiovisual, científica y literaria que concurre a la tutela jurídica que ampara el derecho de autor.

Las obras que surjan en estos campos deben presentar rasgos de originalidad, no en el sentido que sean novedosas sino que deben mantener su propia forma y expresión literaria, científica o artística, asociada al creador de la misma.

En el ámbito más común, el derecho de autor tutela las obras de la literatura, artes y ciencias, sin limitar la manera en que se expresen las mismas. El titular, cuya obra de su creación sea tutelada por el derecho de autor, generalmente tiene la facultad de excluir a los demás a que utilicen su obra sin su autorización

David Rangel Medina lo define:

Bajo el nombre derecho de autor se designa al conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el casete, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación. (Rangel Medina, 1998)

Delia Lipszyc lo define como:

La rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales. (Lipszyc Delia, 2005)

En consecuencia del análisis realizado se desprende que el derecho de autor, como manifiesta el profesor Esteban Argudo desde el punto de vista objetivo, es la rama del Derecho que protege y tutela las obras que presentan rasgos de originalidad en su forma de expresión, entendida la originalidad como la impronta propia de su creador y, desde un ámbito subjetivo, está constituido por las facultades o prerrogativas de orden moral y patrimonial que se atribuyen al creador de aquella obra.

En conclusión, el derecho de autor nace con la creación de una obra, que a su vez se origina o se fundamenta en el intelecto del autor.

### **1.3 Contenido del Derecho de Autor**

El contenido de los derechos de autor enfoca los derechos morales y patrimoniales protegidos y otros que se derivan de los mencionados, que posibilitan que el autor pueda utilizar su obra de la manera que juzgue conveniente y que pueda prohibir a terceros su uso indebido.

### 1.3.1 Derechos Morales

Los derechos morales protegen el vínculo afectivo que existe entre el autor de la obra y su creación, vínculo que se fortalece con las teorías que se fueron planteando acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor.

De esta manera se consolidan todas las teorías en dos doctrinas específicas la *monista*, los derechos morales y patrimoniales como un derecho único y, la *dualista*, el derecho de autor nace de dos derechos distintos, el personal o moral y el patrimonial.

Esta última teoría es la más acogida por las legislaciones de los países iberoamericanos “*o si participa de la corriente dualista (de amplia recepción en la legislación de los países iberoamericanos)*”, (Antequera, 2007) y actualmente por el Ecuador.

En la vigente Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, en el artículo 18, se determinan como características del derecho moral:

- Irrenunciables: el autor no puede despojarse ni renunciar a sus derechos morales.
- Inalienables: no es un objeto lícito de comercio, es un derecho personal por lo tanto no se puede realizar una transferencia o negocio sobre este derecho.
- Imprescriptibles: el derecho moral que recae sobre el autor es de duración indefinida, no termina nunca.
- Inembargables: el derecho moral no tiene contenido económico por lo tanto no puede ser embargado o sujeto a otra medida cautelar o de ejecución judicial.

El derecho moral, contenido dentro del Derecho de Autor, es un derecho de la persona que crea la obra ya que es considerada como una extensión de su personalidad; el derecho moral de autor no se extingue con la muerte de la persona, este derecho es ejercido por los herederos por un tiempo posterior a la muerte del autor y luego puede ser el Estado.

Estas características establecen las diferencias con el derecho de la personalidad y evita la confusión entre ellos.

El derecho moral a la muerte del autor es transferido a los herederos o causahabientes por el tiempo en que la obra sea de dominio privado, una vez que entren al dominio público es el Estado quien protege el derecho moral. (ART.11 DEC.351 Y ART.18 LPI)

Los derechos morales que protege el derecho de autor son:

### **Derecho a la Divulgación**

Consiste en el derecho o facultad que posee el autor para hacer pública su obra o conservarla en el anonimato. La legislación ecuatoriana de propiedad intelectual lo define como el derecho de:

Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencionen su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada. (ART. 18 LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL)

Se caracteriza por ser un derecho primario que fundamenta otros derechos y faculta al autor a que ejecute desde el momento en que se inicia la obra de su creación, por lo que los derechos patrimoniales de reproducción y distribución son consecuencia de la decisión del autor, “por estas razones no resulta exacto denominar el derecho moral de divulgación como el de “publicar” la obra (como aparecen algunos textos legislativos). (Antequera, 2007).

En consecuencia, el derecho de divulgación a favor del autor de una obra es un derecho exclusivo y excluyente del cual se embiste la persona creadora al tener la absoluta disposición de la divulgación de la obra.

### **Derecho de Paternidad**

Delia Lipszyc establece que es “el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra” (Lipszyc, 2005). También se establece como el derecho de publicar la obra bajo el propio nombre, seudónimo o en forma anónima. El artículo 11 de la Convención Interamericana de Washington dispone que el autor de una obra protegida, aun cuando no sea el titular de dicha obra, conserva la facultad de reclamar la paternidad de la misma, protegiendo el carácter personal del autor sobre la obra.

El derecho a la paternidad comprende:

- a) El derecho a reivindicar:
  - La condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre o se hace figurar otro nombre o seudónimo.
  - La forma particular de mencionar su nombre –abreviado o con algún agregado-.
  - El seudónimo o el anonimato cuando ha optado por estos y se ha usado su verdadero nombre.
- b) El derecho a defender su autoría cuando esta es impugnada.

### **Derecho a la Integridad de la Obra**

La ley de propiedad intelectual ecuatoriana establece como la facultad de “oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación del autor”

El concepto objetivo de este derecho moral del autor se traduce en que se le atribuye al creador la posibilidad de oponerse a cualquier deformación de su obra que pueda derivar un perjuicio a su honor o reputación o que perjudique sus legítimos intereses personales o intelectuales; además debe mantener la originalidad con la que el autor la creó. Este derecho atribuye la facultad al autor la prohibición de utilizar indebidamente la obra y no autorizar la publicación o reproducción imperfecta de la misma.

### **Derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra**

Consiste en el derecho a recuperar la obra de la titularidad de terceros con la condición de que no existan otros ejemplares de la misma de acceso público, derecho que se vincula a la integridad de la obra. La ejecución de este derecho debe sustentarse en un derecho moral relacionado con la publicación, divulgaciones u otros afines. El reclamo debe realizarse en los términos de mayor respeto y ecuanimidad para el poseedor de la obra.

### **1.3.2 Derechos patrimoniales**

Los derechos patrimoniales fueron considerados como primordiales a favor del autor hasta cuando los derechos morales fueron tomados en cuenta, pero se ha cuidado de establecer sus diferencias. La característica fundamental de este derecho es la exclusividad sobre el autor al ser el único ser humano que tiene el poder de autorizar a un tercero la explotación de su obra.



Los derechos patrimoniales se caracterizan por:

- Ser independientes entre sí, lo que significa que se requiere que cada modalidad de explotación tenga una autorización individual del autor.
- Exclusivos, característica que reconoce al autor la propiedad o pertenencia de su obra y que el consentimiento para la explotación de su creación intelectual es facultad exclusiva del autor o de los derechohabientes, en caso que lo hubiere.
- Sin sujeción a otras limitaciones que no sean las establecidas por la ley sino a aquellas que están sometidas a *numerus clausus*, lo que significa que el derecho patrimonial no se halla limitado a determinados tipos de explotación de la obra ya que ésta puede realizarse en la forma y condiciones que el autor lo determine, salvo casos que exista una norma expresa que limite esta acción durante el tiempo que subsista la obra en dominio del autor.
- Onerosos, reconoce el beneficio económico a favor del autor en toda la utilización que implique la obra, salvo disposiciones expresas que establece la legislación nacional o en obras que se pone al servicio de la sociedad para la utilización libre y gratuita.
- Renunciables, la capacidad de libre albedrío del autor de desistir a sus derechos patrimoniales sobre los beneficios o producto de la explotación de su obra en el marco de las legislaciones nacionales; embargabilidad, característica que facultad al autor intelectual a ejercer medidas cautelares para recuperar el producto de la explotación de su obra.
- Temporales, el autor de la obra establece el tiempo de duración del derecho de explotación de la obra.
- Divisibles, la facultad que permite al autor de la obra que fraccione los beneficios de la explotación de su producción intelectual en tiempos definidos o en lugares determinados. (Argudo Carpio, 2013)

## **Derecho de Reproducción**

Es la facultad que tiene el autor de autorizar a terceros la reproducción de su obra en las formas y condiciones que él establezca que incluye la restricción de alquilar o dar en préstamo ejemplares de la misma.

Con el desarrollo tecnológico van surgiendo nuevas formas de reproducción de las obras que deben ser asimiladas dentro de los límites legales del derecho de reproducción, situación que demanda a las tendencias legislativas a precisar la definición de reproducción como la “fijación de la obra en cualquier soporte o medio que permita su comunicación así como la obtención de copias o parte de ella”. (Antequera Parilli)

El derecho de reproducción faculta al autor de la obra a oponerse a la reproducción de su obra original en su totalidad o en cualquiera de sus partes, copias, reediciones, arreglos, traducciones o modificaciones, cualquiera su propósito. Atentar contra el derecho de reproducción, más que impedir el lucro que este acto puede implicar, lo que intenta es proteger el derecho que posee el creador para decidir quien reproduce o no su obra.

Por otra parte, el derecho de reproducción no solo cubre la explotación de la obra en su forma original sino también las transformaciones que esta puede ser objeto; en consecuencia para realizar una traducción, arreglo, adaptación o compilación al igual que para reproducirla, es necesario contar con la previa autorización de la obra original.

### **Derecho de Comunicación Pública**

No obstante que este derecho no aparece taxativamente en el Convenio de Berna, reviste gran importancia para los autores en tanto el autor de una obra tiene el derecho de decidir y definir si se comunica su obra al público y la forma de hacerlo.

Uno de los medios aceptados para la comunicación pública es mediante el internet, a través del cual se pone la obra a disposición de todo el público que tenga acceso al mismo y a las redes, ratificando la posibilidad de acceso individual o colectivo. Lo esencial en la comunicación de una obra reside en el momento que se pone al servicio del público para que pueda tener acceso y beneficiarse de la misma, ya que la comunicación por sí sola tiene carácter público, pasando a ser secundaria la explotación de esta comunicación.

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador establece que el derecho de comunicación se lo puede realizar “...por cualquier procedimiento conocido o por conocerse”. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

Es posible afirmar que se ha establecido una considerable jurisprudencia comparada en relación con las múltiples formas y procedimientos de comunicación pública, como dice el autor Antequera Parilli:

(...)Como la radiodifusión (radio y televisión) y las transmisiones o retransmisiones por cable o red inalámbrica” o aquellas que se realizan en “conciertos, festivales, salas de cine, bares, restaurantes, salas de fiestas, clubes deportivos y sociales, albergues infantiles, cárceles, hospitales, condominios, bancos, supermercados, medios de transporte, cabinas personales en <<sex shop>> y tiendas musicales, sea <<en vivo>>, mediante televisores, altavoces o aparatos electromecánicos reproductores de sonidos colocados en lugares públicos o bajo la modalidad de <<música ambiental>> o a través del sistema de <<música en espera>> por vía telefónica. (Antequera Parilli)

No es necesario establecer la finalidad de la comunicación pública, porque el momento que se comunica la obra al público es suficiente para que este derecho sea efectivo. En el artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual se plantea que “se considera publica toda comunicación que exceda el ámbito estrictamente doméstico”. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

### **Derecho de distribución**

El derecho de distribución, de conformidad con las legislaciones particulares de los países latinoamericanos, es el proceso que faculta al autor a autorizar o prohibir la distribución publica del original o ejemplares de su obra mediante venta, alquiler, préstamo, permuta, donación o cualquier otra forma que estipule el autor sin detrimento del derecho general que tiene el autor a la autorización, salvo disposición expresa del autor al respecto.

El derecho de distribución queda extinguido con posterioridad a la primera venta de la obra sin perjuicio del derecho que tiene el autor para autorizar o prohibir el arrendamiento o préstamo de los ejemplares vendidos, en razón de que el arrendamiento traslada por un tiempo determinado la posesión de los ejemplares y su beneficio económico.

Cuando un autor o titular de los derechos de autor faculta la venta de la obra, no puede oponerse posteriormente a la reventa de la misma en el contexto en el cual se autorizó la comercialización. En este caso únicamente conserva el derecho sobre las modificaciones o arreglos, traducciones o adaptaciones así como la facultad de autorizar o no el préstamo o arrendamiento de dichos ejemplares.

El autor de la obra no puede oponerse a la reventa de la misma, puesto que la obra en este caso es un soporte físico que ya no le pertenece, solamente es el titular de la creación, sobre la que sí conserva sus derechos como tal.

El derecho de alquiler al contrario del derecho de distribución no concluye al finalizar la venta de los ejemplares ni al pasar el dominio de la obra a otras personas, por la independencia y características particulares de los derechos patrimoniales. En este sentido, la autorización que otorga el titular de la obra a un tercero para que realice la venta del ejemplar físico de la obra no incluye que dicho autor o titular haya autorizado el alquiler del soporte material de dicha obra.

### **Derecho de importación**

Este derecho se relaciona con la facultad del autor de la obra para prohibir el traslado o explotación de los ejemplares de su obra en otro lugar distinto a aquel en que se otorgó la protección de los derechos sobre la obra, siempre que se halle vigente el término de protección de los derechos de autor.

Este derecho incluye la detención del ingreso a otros países así como el retiro de la de la circulación de los ejemplares que han cruzado las fronteras, que incluye la transmisión analógica y digital.

### **Derecho de modificación o transformación**

El autor de una obra goza de la facultad de autorizar la realización de traducciones, arreglos, adaptaciones y otras modificaciones o transformaciones sobre su obra original mientras se halle vigente el plazo de protección de sus derechos de autor.

Estas transformaciones se convierten en obras derivadas que pertenecen a otros autores, quienes conservan los derechos otorgados a la obra original. La excepción que establece la ley del derecho de autor sobre la modificación o transformación de la obra es para fines didácticos y educativos.

**CAPÍTULO II**  
**DERECHO DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

## **2.1. La Sociedad de la Información y el Derecho de Autor**

Las tecnologías de la información son la representación de la cultura, debido a la revolución inusitada de la tecnológica que propició el acceso inmediato y masivo a la información e influenció en forma determinante en el desarrollo de la sociedad, época actual a la que algunos autores le han denominado como sociedad de la información.

En el sitio oficial de la Universidad Técnica Particular de Loja, se establece al respecto la siguiente reflexión:

No existe aún un concepto bien definido y universalmente aceptado de lo que se le llama «Sociedad de la información», la mayoría de los autores concuerda en que alrededor de 1970 se inició un cambio en la manera en que las sociedades funcionan. Este cambio se refiere básicamente a que los medios de generación de riqueza poco a poco se están trasladando de los sectores industriales a los sectores de servicios. En otras palabras, se supone que en las sociedades modernas, la mayor parte de los empleos ya no estarán asociados a las fábricas de productos tangibles, sino a la generación, almacenamiento y procesamiento de todo tipo de información. Los sectores relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), desempeñan un papel particularmente importante dentro de este esquema. (Sociedad de la información, 2013)

Por tal razón, como establece la autora Yarina Amoroso Fernández,

Uno de los elementos primarios para identificar a la llamada sociedad de la información es: la convergencia de contenidos, dada la existencia de una infraestructura tecnológica que permite producir y acceder a grandes volúmenes de información e instrumentar servicios por vía electrónica. (Amoroso Fernández, 2004)

La información y la forma en que es compartida se basa en la tecnología del ordenador, en un período de tiempo en que se desarrolla la innovación de la tecnología de la información, que es la que coadyuva a la transformación social, y por tanto se incrementa la calidad de la información y aumentan las formas de almacenamiento de la información. (Masuda, 1984)

La transformación que se produce al margen de la sociedad de la información tiene su fundamento principal en los nuevos medios disponibles a través de las tecnologías digitales,

que al ser empleadas en forma masiva es posible crear, acceder, utilizar y compartir información y toda clase de conocimiento.

El autor Gómez Segade plantea:

La sociedad de la información es una sociedad en la que la creación, distribución y manipulación de la información, conjuntamente con la aplicación de los adelantos científicos y tecnológicos, forman parte de las actividades culturales y económicas de los individuos. Los adelantos tecnológicos y científicos que integran la Sociedad de la Información han permitido la recopilación, el almacenamiento y la transmisión de todo tipo de información a una rapidez nunca antes vista. (Gómez Segade, Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual. El Derecho de Autor en el Entorno Digital, 1999)

La era de la información, basada en la tecnología del ordenador, fue definida como:

El período de tiempo durante el cual tiene lugar una innovación de la tecnología de la información, se convierte en la fuerza latente de la transformación social, capaz de acarrear una expansión en la calidad de información y un aumento a gran escala del almacenamiento de la información. (Gómez Segade, El Derecho de Autor en el Entorno Digital, 1999)

Cuando se realiza el empleo masivo de la tecnología todos los sujetos tienen la posibilidad de crear, acceder, utilizar y compartir información y conocimientos. En las palabras del autor Gómez Segade:

La sociedad de la información es una sociedad en la que la creación, distribución y manipulación de la información, conjuntamente con la aplicación de los adelantos científicos y tecnológicos, forman parte de las actividades culturales y económicas de los individuos. Los adelantos tecnológicos y científicos que integran la Sociedad de la Información han permitido la recopilación, el almacenamiento y la transmisión de todo tipo de información a una rapidez nunca antes vista. (Gómez Segade, El Derecho de Autor en el Entorno Digital, 1999)

Los requisitos para crear una adecuada sociedad de la información que se produzca de forma equitativa y en la que se garantice la protección de todos sus miembros serán:

- una infraestructura bien desarrollada,
- confianza y seguridad en el empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones,
- adecuado fomento de la creación de capacidades,

- respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas internacionalmente,
- diversidad cultural y lingüística,
- cooperación internacional y respeto del derecho internacional,
- entorno propicio,
- asociación entre todos los interesados,
- protección de los grupos vulnerables,
- integración de una perspectiva de género,
- medidas destinada a apoyar a las empresas pequeñas y medianas.

La sociedad de la información tiene gran incidencia en el proceso de internacionalización de los derechos de autor, pues implica la difusión a través de los medios digitales y obras protegidas, fundamentalmente mediante Internet, lo que conlleva a un grupo de consecuencias negativas relativas a la protección de la explotación de las obras.

Al decir del autor, Horacio Fernández “comienzan a desaparecer las fronteras geográficas y los sistemas jurídicos nacionales se tornan a menudo insuficientes para responder a los nuevos conflictos que se plantean, fundamentalmente los producidos por las nuevas tecnologías.” (Fernández Delpech, 2001)

El concepto pluralista de sociedades del conocimiento va más allá de la sociedad de la información ya que apunta a transformaciones sociales, culturales y económicas en apoyo al desarrollo sustentable. Los pilares de las sociedades del conocimiento son el acceso a la información para todos, la libertad de expresión y la diversidad lingüística. (Cyranek, 2005)

Las nuevas formas de difundir el conocimiento por todo el planeta y a la que tiene acceso toda la población implica un proceso de cambio denominado, por algunos autores, como *la revolución de la tecnología de la información*. La información es el recurso más relevante de la era digital y de este proceso de cambios, constituyéndose en la fuente principal de la productividad y el poder.

Por tales razones, se precisa lograr un entorno en el cual se garantice la protección del derecho de autor en cada nueva forma de transmitir la información. El Derecho se nutre de



todos los cambios sociales, se modifica y avanza acorde con el ritmo de las transformaciones socioeconómicas.

## **2.2. Regulación del derecho de autor en el entorno electrónico y digital**

El desarrollo del derecho de autor en los medios digitales y especialmente en Internet, genera una serie de situaciones imprevistas o nuevas que demanda la necesidad de cuestionarse si las doctrinas y las legislaciones actuales son suficientes y efectivas para regular éstas nuevas relaciones así como el tratamiento que debe darse al derecho de autor en torno a si se debe o no regular su difusión a través de la vía digital. Son tres las posturas que han surgido en torno a esta interrogante, las cuales están vinculadas con la clasificación del Derecho de Autor, como derecho fundamental.

Las Teorías Neoclásicas o Conservadoras:

Sus postulantes consideran que el derecho de autor actual es perfectamente válido para regular la explotación económica de la obra en línea. Es decir que las normas autorales existentes son efectivamente aplicables al mundo digital, lo que se requiere son unos pocos ajustes legales que fortalezcan las prerrogativas patrimoniales de los autores, ya que suponen que las particularidades de la digitalización de las obras y especialmente de su circulación en Internet, representan un peligro claro para las industrias culturales. Esa necesidad de fortalecer los derechos de autor lleva, entre otras cosas, a cuestionar la validez de las excepciones o limitaciones en el plano virtual, especialmente la relacionada con la excepción de la copia privada, ya que las mismas particularidades que él presenta y su fin mismo, permiten la rápida reproducción y distribución de la obra en la red, con el consecuente descontrol por parte de los titulares legítimos. Tienden también, a defender la existencia de un derecho de autorización de uso de la obra digital, a negar la existencia del plazo de exclusividad, a considerar al derecho de autor como superior a otros derechos como la cultura y la educación, situación que se traduce en un menoscabo real de tales derechos, por ejemplo, con la inevitable imposición a las bibliotecas de pagar una retribución económica por la difusión, digitalización, comunicación, y distribución de los materiales protegidos. Fundamento de todas estas apreciaciones, es la consideración del derecho de autor como derecho fundamental imprescriptible, ilimitado e inalienable. (Coord, 2005).

Las Teorías Minimalistas:

Totalmente opuestas a lo anterior, se caracterizan por la consideración de que el derecho de autor no tiene espacio en Internet, por lo que se debe favorecer al usuario

en todo sentido. Se llaman también teorías pro-informáticas, ya que consideran que la imposición de restricciones no es válida en Internet, pues éste se presenta como un mundo que se mueve libremente en beneficio de los usuarios, sobre todo para garantizarles la libre circulación y acceso en la red, además porque ello implicaría un menoscabo de la libertad informática. Imponer limitaciones, manifiestan, carece totalmente de sentido, ya que el ambiente digital impide ejercer controles sobre la utilización y el destino de las obras, y por lo tanto se hace imposible establecer responsabilidades. (Coord, 2005).

#### Las Teorías Moderadas o Eclécticas:

Consideradas como sinopsis de las dos anteriores, abogan por un equilibrio entre los derechos de autor, los usuarios, los proveedores de contenido y de servicios en Internet, a partir de la premisa de que el derecho de autor debe adecuarse a las necesidades que plantean las redes digitales. Esta doctrina concibe al derecho de autor como un derecho instrumental elevado a la categoría de derecho humano tendiente a facilitar la protección de otros derechos considerados como inalienables, como la educación y la cultura, por lo que se le concibe como supeditado a esos derechos. (Coord, 2005).

### **2.3 Tratados Internet**

La Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en sus siglas OMPI, elaboró el Tratado sobre Derecho de Autor, en sus siglas TODA, y el Tratado sobre Ejecución, Interpretación y Fonogramas, en sus siglas TOIEF, vigentes desde marzo y mayo del año 2002, respectivamente.

Estos tratados son comúnmente conocidos como Tratados Internet debido a que la motivación de elaborarlos se relacionó con el establecimiento de un orden general y universal para los derechos de autor y los derechos conexos en el entorno digital. Los tratados han sido adoptados por más de 65 países, de los cuales 13 son latinoamericanos.

El contenido de tales instrumentos internacionales se circunscribe a garantizar la protección de los derechos de autor y las prestaciones intelectuales que protegen los derechos conexos.

Los diversos países signatarios de tales convenios han establecido legislaciones que adecuan a su entorno, las disposiciones internacionales. En este sentido, en los Estados Unidos de América se expidió la *Digital Millenium Copyright Act*, en sus siglas DMCA, planeando las bases para proteger el copyright en el entorno digital, como es la prohibición

de que el usuario acceda a una obra protegida por su titular con una medida tecnológica de protección.

En el caso de la Comunidad Europea entró en vigor la Directiva 2001/29/CE que intenta establecer determinados elementos de los derechos de autor y los derechos conexos en la sociedad de la información y por tanto, se realiza un intento por adaptar la legislación comunitaria a los Tratados Internet.

Las coincidencias que existen entre los textos de la OMPI y la Unión Europea no convierten la legislación comunitaria en algo superfluo o redundante, pese a que los países de esta última forman también parte de la primera.

Al contrario, en lo que concierne a las bases de datos y al derecho de puesta a disposición del público, los trabajos de la Unión Europea han sido en gran parte impulsores de los tratados OMPI y, además, las coincidencias que se han producido ayudan a reforzar la validez de los principios consagrados por ambas. (Rodríguez Pardo, 2001)

Los Tratados de Libre Comercio entre Estados Unidos y países como Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Chile, Colombia, México, República Dominicana, Panamá y Perú incorporan artículos sobre el derecho de autor y los derechos conexos para cumplir con las disposiciones de los Tratados Internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Los países latinoamericanos incluyen variaciones en sus respectivas legislaciones nacionales que implican la inclusión de la normativa de estos instrumentos internacionales.

### **2.3.1 El derecho de distribución en el entorno digital**

La transmisión digital que el usuario recibe de una red digital se almacena, de forma efímera, en su computadora, específicamente en la memoria RAM o en la memoria permanente que posee el equipo receptor. Por tal razón, el almacenamiento se analiza como una distribución de ejemplares de obra.

Este debate se inició al momento de aprobar el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor-TODA, con la conclusión de que el derecho de distribución debe limitarse a la distribución de copias físicas y tangibles y no a las transmisiones digitales mediante las cuales la obra se comunica a través de las formas de almacenamiento.

Cuando la reproducción implica la fijación de la obra en determinado soporte, el almacenamiento es una fijación y por tanto un acto de reproducción. Para que se realice el almacenamiento electrónico de las obras, interpretaciones o ejecuciones protegidas por el derecho de autor, el proveedor de este contenido en la red digital debe obtener de forma previa la correspondiente autorización de los sujetos que son titulares de este derecho.

Para que se transmitan los programas almacenados se precisa igualmente la autorización que corresponde, pues es una forma de comunicación pública. Para los casos que se suscitan por el almacenamiento digital de la programación fijada, se aplican los principios del derecho de reproducción y del derecho de comunicación pública.

### **2.3.2 El derecho de comunicación pública y la puesta a disposición de los contenidos en las redes digitales**

La mayoría de las legislaciones de Latinoamérica establecen el derecho de comunicación pública que implica la difusión en la forma que sea, de los signos, palabras, sonidos o imágenes. La definición más general de comunicación pública se asocia con aquel acto mediante el cual varias personas acceden a una obra, con independencia del sitio o momento en que se hallen.

En cuanto al derecho de comunicación al público en el entorno digital, el artículo 8 del TODA establece que:

(...) los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (Torres, 2008)

Por tanto, se considera un acto de comunicación pública el acceso público a las transmisiones digitales mediante aparatos receptores, con la previa autorización de los titulares de la programación que se emite.

Para garantizar la protección del derecho de comunicación pública en el entorno digital, los titulares del derecho de autor deben instrumentar dispositivos técnicos de autotutela para restringir aquellas utilizaciones no autorizadas de las obras protegidas y que se incluyan en las respectivas legislaciones nacionales la sanción correspondiente a los actos que sean dirigidos contra los sistemas de autoprotección.

La gestión colectiva debe cubrir los supuestos que se suscitan en el entorno digital, con la finalidad de controlar las transmisiones digitales de sus repertorios y que se implementen sistemas de información que proporcionen seguridad para identificar las obras.

### **2.3.3 El entorno digital y los derechos de remuneración por copia privada**

La autora Mónica Torres afirma que:

El derecho de reproducción tal como en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a utilización de las obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna. (Torres, 2008)

Con el desarrollo de la sociedad de la información surgen variadas formas de realizar la copia privada de las obras. En el caso específico de la copia privada digital, se entiende que el derecho de remuneración opera en beneficio de los titulares del derecho de autor; es decir, sobre las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas y producciones fonográficas que son objeto de la copia privada así como sobre aquellos equipos y soportes materiales que se utilizan para la reproducción de la obra.

Sin embargo, en el caso de los programas de computadoras, la única copia que se permite es aquella que se efectúa con el ánimo de resguardar o proteger información por temas de seguridad.

No existe una compensación sustitutiva que equipare la pérdida que puede implicar para los titulares del derecho de autor el hecho de que disminuyan los ingresos obtenidos por la venta de los ejemplares originales de las obras, o en su caso, los ingresos reportados de las licencias de uso.

### **2.3.4 Las excepciones o limitaciones al derecho patrimonial en el entorno digital**

El derecho de reproducción, a partir del texto del Convenio de Berna, no cuenta con un conjunto específico de limitaciones aunque si se considera el respeto a los usos

honrados, esto es en casos excepcionales y siempre que no implique una afectación a la normal explotación de la obra ni se cause un perjuicio sin justificación a los intereses del autor.

A partir del ámbito de aplicación de los convenios TODA y TOIEF, las partes contratantes de los mismos pueden aplicar y ampliar las limitaciones y excepciones al derecho de autor al plano o ámbito digital. Además, es posible el establecimiento de otras excepciones novedosas y otras limitaciones que sean de aplicación para el entorno digital.

Se puede deducir que en el entorno digital se crea un plano de tolerancia a las formas libres de uso que pueden en medida alguna lesionar sin justificación los derechos de los autores de las obras, los intérpretes o ejecutantes y los productores fonográficos.

La limitante de los usos honrados, como se explicó previamente, se aplica para casos especiales en los que no se atente contra la normal explotación de la obra y en los que además no se cause un perjuicio injustificado a los intereses del titular de los derechos de autor. Si bien la tecnología digital implica el cambio de uso de una obra, las limitaciones en el entorno digital deben realizarse cumpliendo estos requisitos.

De forma general, se deben establecer ciertas limitaciones en el entorno digital, analizando la posibilidad de que los titulares de los derechos reciban las compensaciones que proceden para determinados casos en que sean usadas sus obras y prestaciones.

### **2.3.5 El derecho de explotación y los medios técnicos de protección**

Se espera que con el aporte de la tecnología se logre un sistema de protección que evite el acceso, reproducción, manipulación, distribución, ejecución o presentación no autorizados.

En este sentido, se deben establecer los recursos jurídicos pertinentes que sancionen a aquellos sujetos que eludan o evadan el cumplimiento de las medidas tecnológicas que utilizan los autores, intérpretes, ejecutantes y los productores de fonogramas.

En el caso ecuatoriano, la Ley de Propiedad Intelectual aclara que los titulares de derechos pueden implementar o exigir que, para la reproducción o la comunicación pública de sus obras o prestaciones, se incorporen mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela.

La finalidad de estos sistemas será que no puedan realizar la comunicación, recepción, retransmisión, reproducción o modificación de sus obras, sin tener la autorización requerida.

Las medias tecnológicas, a partir de una definición muy certera elaborada en la Directiva Europea 2001/29/CE, se relacionan con aquellas técnicas, dispositivos o componentes que tenga el objetivo de impedir que los actos que se relacionen con obras o prestaciones protegidas que no estén autorizados por el titular de los derechos sean reproducidas.

Los medios técnicos de protección en el entorno digital son de diferentes clases:

- sistemas de codificación, encriptamiento y huellas digitales que contribuyen a imposibilitar el almacenamiento, duplicado o modificación de la obra,
- controles de acceso a las obras y prestaciones en el *server*,
- controles de segundo nivel, que impiden el almacenamiento duplicación o retransmisión del archivo. (Fernández Ballesteros, 2015).

Una medida relevante que puede incluirse en la legislación de cada país es la de prohibir la importación, fabricación y distribución de dispositivos así como el ofrecimiento o la ejecución de servicios que anulen el funcionamiento adecuado de los medios técnicos que contribuyen a garantizar la protección de los derechos de autor.

En el caso de la DMCA se tipifican como violaciones el neutralizar las medidas de protección a través de la fabricación, difusión o puesta en disposición medios con esta finalidad. En este sentido la directiva europea tipifica como acciones la elusión de las medidas técnicas de protección y la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad o posesión de los dispositivos que anulen las medidas de protección de los derechos protegidos.

### **2.3.6 Límites al derecho de autor en los programas informáticos**

En mayo de 1991 se estableció en la Unión Europea la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador. El derecho de autor no puede abarcar todos los actos de reproducción de una obra sino solo en aquellos aspectos más relevantes y que inciden de forma directa en el ámbito económico del creador o del titular de los derechos; las limitaciones que el derecho impone al creador o los titulares se establecen en atención al interés público, la cultura, la ciencia, evitando perjuicios graves a estos sujetos.

En el caso específico de los programas informáticos existe una serie de limitaciones impuestas por la Directiva de la Unión Europea que compilan los principales supuestos que deben analizarse entre las limitaciones al derecho de autor en los programas informáticos.

Igualmente existe un grupo de excepciones que deben valorarse en el sentido que los usuarios de software siempre requieren completar acciones para que los programas puedan interactuar con otras aplicaciones informáticas, y por tanto usarlos.

Como plantea el autor Ricardo Antequera:

(...) si bien en los términos de los Tratados de la OMPI es posible la ampliación del espectro de limitaciones para su adaptación a las características, de las utilizaciones que se realizan en el entorno digital, las mismas deben satisfacer los extremos que conforman la regla de los tres pasos, es decir, que deben circunscribirse a casos especiales que no atente contra la explotación normal de las obras, prestaciones o producciones protegidas y que no causen un perjuicio irrazonable a los titulares de los respectivos derechos. (Antequera Parilli)

Por tanto, se permiten acciones como la reproducción, traducción, adaptación, arreglo o transformación de los programas informáticos para utilizarlos; también se precisa la realización de la copia de salvaguarda así como la observación, estudio y verificación del programa y su correspondiente carga, visualización, transmisión y almacenamiento, acciones que permiten autenticarlo y utilizarlo.

En el caso del código del programa es necesario que se reproduzca y se traduzca dicho código en los supuestos en que resulte imprescindible para que el programa pueda operar e interactuar con otros programas informáticos que hayan sido creados de manera independiente. Esta reproducción y traducción de los códigos de un programa informático debe presentar ciertos elementos, que las acciones sean realizadas por el licenciatarario o un sujeto autorizado a emplear una copia del programa en cuestión así como para el caso de que esta información resulte relevante para lograr la interoperabilidad del programa y que los actos solo se realicen a las partes del programa que implique el logro de la interoperabilidad.

En el derecho de autor aplicado a los programas informáticos se establece un ámbito de maniobra sobre el programa a los usuarios que los han obtenido en forma legítima, en el interés de lograr la interoperabilidad del software con otros programas necesarios para su ejecución y uso.



En la legislación ecuatoriana se conceptualiza en la forma siguiente el programa de ordenador:

Art. 28.- Los programas de ordenador se consideran obras literarias y se protegen como tales. Dicha protección se otorga independientemente de que hayan sido incorporados en un ordenador y cualquiera sea la forma en que estén expresados, ya sea en forma legible por el hombre (código fuente) o en forma legible por máquina (código objeto), ya sean programas operativos y programas aplicativos, incluyendo diagramas de flujo, planos, manuales de uso, y en general, aquellos elementos que conformen la estructura, secuencia y organización del programa. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

### **2.3.7. Los usos honrados del software**

Con la finalidad que no se cometan abusos al momento de ejercitar los Derechos de Autor se establece la limitación de la temporalidad así como otras excepciones y los denominados usos honrados. El ejercicio de los usos honrados reviste gran relevancia para que el conjunto de derechos de propiedad intelectual no obstaculice la difusión de los conocimientos ni limite la competencia económica.

Una aproximación a la definición de los usos honrados, en el margen del derecho de autor, puede conceptualizarse como la excepción establecida a los derechos de los titulares, que no implica la normal explotación de la obra ni constituye un perjuicio al titular de los derechos, solo limitan en alguna medida sus legítimos intereses.

La tecnología informática resulta de gran relevancia por las utilidades ofimáticas e industriales que ofrece, pero además es una tecnología integradora de otros soportes de comunicación. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual protege la tecnología informática mediante el ámbito del Derecho de autor.

Los programas de ordenador gozan de la misma protección jurídica que las obras literarias, de acuerdo con el artículo 2 del Convenio de Berna:

Art. 2.- 1) Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la

fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

La protección sobre las obras a que se refiere el artículo 2 del Convenio de Berna es aplicada igualmente a los programas de ordenador o software sobre cualquiera de sus formas de expresión. Por tanto, el Derecho de autor abarca la protección de toda clase de software, cualquiera que sea su finalidad, soporte o lenguaje que puede ser en código fuente, que es el lenguaje de programación o código objeto o sea que está protegido y es inteligible para la computadora.

Al realizar un análisis de la teoría del Derecho de autor el programa informático ha de analizarse como una obra científica, como coincide el autor Fernández Ballesteros:

Un trabajo que trata los problemas tal y como corresponde a los requerimientos de la metodología científica. La cobertura de esta categoría no se ciñe exclusivamente al campo de las ciencias naturales o a las obras literarias de carácter científico. Un programa de ordenador podría bajo ciertas circunstancias ser también obra científica. En la legislación sobre derecho de autor, la referencia general a las obras científicas se entiende a menudo como toda clase de trabajos distintos a los artísticos o de ficción, tales como los escritos técnicos, los libros de referencia, escritos científicos populares o guías prácticas. (Fernández Ballesteros, 2015)

De forma general, aún persiste una disparidad entre la protección del Derecho de autor y los programas informáticos. Su principal diferencia se halla en las categorías de protección del Derecho de autor y la forma de evidenciarlas en dichos programas, tal es el caso de la originalidad, reproducción, comunicación, importación, integridad, usos honrados o copia privada.

La autora Karla López, en su tesis de derecho titulada *El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de autor: Tratados Internet de la OMPI y la Ley De Propiedad Intelectual Ecuatoriana*, plantea que:

El principio de los “usos honrados” implica que las limitaciones al derecho de explotación exclusivo del autor están sometidas al régimen del “*numerus clausus*”, de manera que, como lo disponen algunas leyes y reglamentos de países que forman parte de ese sistema, la interpretación de los límites previstos normativamente debe ser restrictiva. (López Solorzano, 2013)

La naturaleza propia de la información digital y las implicaciones tecnológicas y sociales de los programas de ordenador, en ocasiones necesitan una regulación muy particular para lograr la protección del Derecho de autor, pues sus instituciones no abarcan la vulnerabilidad de los programas de ordenador frente a casos como la piratería; en tales circunstancias generan la inaplicabilidad o distorsión de las tradicionales instituciones del derecho de autor.

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador define en la forma siguiente los usos honrados: “Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio a los intereses legítimos del autor.” (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

Los usos honrados y los derechos a la información y la cultura en el caso de los programas de ordenador tienen características muy peculiares que abarcan un ámbito diferente al de las tradicionales limitaciones al derecho de autor por las características específicas del mundo digital y su forma de difusión.

Los usos educativos de la red digital y los programas informáticos, por bibliotecas e investigadores, constituyen la forma más común de manifestar la limitación al Derecho de autor conocida como usos honrados.

Al decir de Antequera Parilli:

Y es que el entorno digital plantea la necesidad de reflexionar de qué manera algunas limitaciones previstas para el mundo analógico, pueden resultar lesivas a los legítimos intereses de los creadores y demás titulares de derechos, con el auxilio de esa moderna tecnología, del mismo modo que la incorporación de nuevos límites debe tener como norte el adecuado equilibrio de los diferentes sectores en tensión, de manera tal que esa ampliación de las excepciones no termine por desalentar la creatividad y el desarrollo de las industrias culturales, del entretenimiento y de la información, con lo cual nadie ganaría y menos aún la propia colectividad, ni el derecho de todos al disfrute de nuevos bienes intelectuales que se generan gracias a una protección efectiva. (Antequera Parilli)

La ingeniería inversa de software en la red con objetivos de investigación, también es una limitación general a los Derechos de autor de programas informáticos. Además, debe permitirse el uso honrado de sistemas de registro y remuneración de derechos aplicados al entorno digital en la red para lograr el uso común, con fines sociales, de los medios digitales.

## 2.4. Medidas tecnológicas de protección

La autora María Paz Canales Loebel, ofrece un concepto de medidas tecnológicas de protección, muy ajustado a la realidad:

Las medidas tecnológicas de protección pueden ser definidas como toda tecnología, procedimiento, dispositivo, componente o combinación de éstos, cuya función sea la de controlar el acceso o la utilización de las obras o las prestaciones protegidas por el derecho de autor, impidiendo todos aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares o de la ley. (Canales Loebel, 2013)

Por tanto es posible definir las medidas tecnológicas de protección de los derechos de la propiedad intelectual como aquella tecnología, procedimiento, dispositivo, componente o combinación de éstos, creada para limitar la utilización de las obras y prestaciones que son protegidas por el Derecho de autor para evitar las acciones que no están autorizadas por los titulares de derechos respecto con sus obras y prestaciones.

Existen diferentes clases de medidas tecnológicas de protección de los derechos de propiedad intelectual, que se clasifican en relación con la función que cumplen. Estos grupos de medidas son:

- medidas para impedir o restringir el acceso a las obras, como los sistemas de encriptación y las firmas digitales,
- medidas para impedir o restringir usos susceptibles de vulnerar derechos de autor o conexos, como es el caso de los sistemas anti copia,
- medidas para identificar o marcar obras y recolectar información sobre su uso, en este caso se puede citar las marcas de agua y *fingerprinting*,
- medidas para permitir la gestión electrónica de los derechos de autor y afines.

Las medidas tecnológicas de protección más relevantes en la actualidad son los sistemas digitales de gestión de derechos, conocidos en inglés como *digital rights management*, en sus siglas DRM. Estos sistemas utilizan la tecnología digital para crear e insertar medidas para limitar el aprovechamiento de una obra o proveer datos sobre la misma.

La finalidad de las medidas tecnológicas de protección no es únicamente la de impedir el acceso a una obra o su copia, su objetivo se centra en limitar el aprovechamiento de una obra a través del acceso a ella, su copia u otra clase de interacción con la obra.

Para que las medidas tecnológicas sean eficaces se precisa que el uso de la obra o prestación protegida sea controlado por los titulares de derechos a través de un control de acceso, de copiado o determinado procedimiento de protección, que contribuya a que puedan usar la obra exclusivamente los sujetos debidamente autorizados.

Respecto a las medidas tecnológicas de protección, los artículos 11 y 12 del Tratado de Derechos de Autor de la OMPI y los artículos 18 y 19 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas plantean la obligación de aprobar disposiciones nacionales conforme a derecho, en relación con la elusión de las medidas tecnológicas efectivas que emplean los autores para proteger sus obras y en caso de los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas, para proteger sus interpretaciones o ejecuciones y fonogramas.

Para tipificar las conductas que atenten contra el uso de las medidas tecnológicas de protección, las legislaciones nacionales deben sancionar los actos mediante los que un sujeto induce, facilita u oculta, infracciones como la supresión o alteración de cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos.

También debe sancionarse al sujeto que distribuya sin la debida autorización o importe para su distribución, emita o comunique al público o ponga a disposición del público los ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, cuando conozca que la información electrónica relativa a la gestión de derechos de autor de esa obra se suprimió o se alteró sin la autorización requerida para tales fines.

En el caso de Ecuador, en la Ley de Propiedad Intelectual se establece lo siguiente:

Art. 25.- El titular del derecho de autor tiene el derecho de aplicar o exigir que se apliquen las protecciones técnicas que crea pertinentes, mediante la incorporación de medios o dispositivos, la codificación de señales u otros sistemas de protección tangibles o intangibles, a fin de impedir o prevenir la violación de sus derechos. Los actos de importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios, puesta en circulación o cualquier otra forma de facilitación de aparatos o medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios de protección aplicados por el titular del derecho de autor, realizados sin su consentimiento, serán asimilados a una violación del derecho de autor para efectos de las acciones civiles así como para el ejercicio de las medidas cautelares que correspondan, sin perjuicio de las penas a que haya lugar por el delito. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

Por tanto, interpretando la legislación ecuatoriana, se puede establecer que los titulares de los derechos de autor deben aplicar las medidas tecnológicas de protección pertinentes para garantizar sus derechos. Al respecto se indican como medidas las siguientes: los medios o dispositivos y la codificación de señales, dejando una brecha abierta a otras clases de medidas que puedan aplicarse para estos efectos.

Se tipifican como actos que vulneren dichas medidas la importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios y puesta en circulación; acciones todas que pretenden facilitarlos aparatos o medios para descifrar o decodificar actos que permitan quebrantar las medidas tecnológicas para proteger el derecho de autor.

#### **2.4.1 Relación entre Derecho de autor y medidas tecnológicas de protección**

Todos los derechos relacionados, en alguna medida, con los usos digitales de las obras implican la tutela de las normas relativas a las medidas tecnológicas de protección o de información sobre la gestión de los derechos de autor.

Los avances en el mundo de la tecnología han propiciado que los productores o comercializadores provean de contenidos a los usuarios digitales (distribuidores de contenidos protegidos), pero además el público se convierte igualmente en proveedor de contenido, aun cuando el objetivo de los usuarios de la red no sea precisamente el de comercializar las copias no autorizadas a las que acceden y menos aún causar algún perjuicio a los productores.

El autor Esteban Argudo plantea que:

Para analizar la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho de autor, siempre será necesario partir de la aclaración que el acto de transmisión en línea de obras reproducciones amparadas por el derecho de autor a través del entorno digital, se encuentra variablemente sujeto al ejercicio del derecho exclusivo que tiene el legítimo titular de autorizar o prohibir el uso de sus obras.

Esta aclaración es indispensable si se tiene en cuenta que muchos siguen considerando que en el entorno digital el acceso a la información es libre y gratuito, aun cuando incluya obras o producciones protegidas por el derecho de autor y por esta razón el uso y explotación de la información que allí se encuentra, está exenta de toda protección legal. (Argudo Carpio, 2005)

Si bien han existido mecanismos para establecer una diferenciación exacta entre las copias lícitas y las copias ilícitas, en la actualidad el mercado analógico no ha podido encaminar las medidas restrictivas en función de evitar que las tecnologías digitales sean usadas por la mayoría de los sujetos y por ende se realice el acceso y distribución no autorizado de los contenidos protegidos como es el caso de las imágenes, la música, el material audiovisual, los programas de ordenador.

A esta situación se suma la universalización de Internet en su uso como plataforma para el intercambio de contenidos, que contribuye en gran medida a que se desarrollen las prácticas ilegales de distribución con o sin la intención de cometer ilegalidades.

Con el rápido desarrollo y avance de las tecnologías de copiado y de distribución de contenidos, los titulares de los derechos de autor son vulnerados por la aplicación misma de la tecnología, incidiendo en la pérdida de control sobre los actos de utilización de una obra y tornándose más lamentable la amenaza digital, que parte de la pérdida del control y de una escasa regulación legal para proteger dichos fines.

Por ende, las medidas tecnológicas de protección han resultado ineficaces en la prevención de los usos no autorizados de las obras. La reacción de los titulares de los derechos de autor ante tal realidad fue desusar las medidas tecnológicas de protección e intentar un ámbito de protección más allá del brindado por los mecanismos habituales del derecho de autor y derechos conexos; se intentó implicar a los propietarios de los soportes de una obra, a la voluntad del titular de derechos para el acceso o uso de dicha obra.

De manera general, tanto en el Ecuador como a nivel internacional, se han creado o estudiado novedosas normas para intentar penalizar la elusión de las medidas tecnológicas de protección y por consiguiente penalizar la creación y el intercambio de los mecanismos de elusión.

#### **2.4.2. La efectividad de las medidas tecnológicas**

Las medidas tecnológicas de protección surgen como una respuesta técnica a la creciente violación de los derechos de los autores sobre sus obras intelectuales y para amparar las situaciones de violación del derecho de propiedad intelectual de los autores y editores sobre sus obras.

En la actualidad, pese al ámbito de protección logrado por las medidas tecnológicas de protección, existe la tendencia a realizar actos ilegales en la pretensión de eludir dichas medidas tecnológicas de protección.

Las funciones de los DRM son la:

- gestión de los derechos digitales, identificando y describiendo las obras así como poniendo las reglas a cumplir para su utilización,
- certificación de los contenidos, haciendo cumplir las reglas.

Para lograr la validez de las medidas tecnológicas de protección y que aseguren su finalidad de proteger los derechos de autor, éstas deben cumplir con los requisitos esenciales que son los referidos a continuación:

- Debe ser eficaz o efectiva.

La medida tecnológica debe reunir los requisitos para evitar su elusión o violación y por tanto, entenderse como una medida válida para brindar la consecuente protección legal, de acuerdo a los Tratados Internet y la Directiva Europea.

- No debe producir daño a los equipos de los usuarios. En este caso la Directiva 2002/29/CE establece en su art. 6.3 2 parte:

Las medidas tecnológicas se considerarán “eficaces” cuando el uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado, que logre este objetivo de protección. (Directiva de la Comunidad Europea No. 29, 2000)

- No puede invadir la privacidad de los usuarios.

No puede existir una invasión a la privacidad del usuario por el empleo de las medidas tecnológicas de protección, aun cuando se incurre en limitar el ámbito de protección de la obra misma.

- No puede dejar de informarse al consumidor sobre cualquier consecuencia que se pueda causar, sea previsible o no.



Pueden darse casos en que las medidas tecnológicas anticopia provoquen, en algunos equipos específicos que no se lea el contenido protegido, estas circunstancias deben ser informadas.

Al decir del autor Antequera:

La importancia de la seguridad en las redes y las transmisiones digitales (en comparación con las del mundo analógico) se ubica, en primer lugar, en la misma complejidad del sistema; y en segundo lugar, en el volumen de utilidades que pueden realizarse con las nuevas tecnologías y las más importantes sumas que los titulares de derechos pueden ganar o perder con esas modalidades de explotación. (Antequera Parilli)

#### **2.4.3. Elusión e infracción de derechos de autor**

El surgimiento de las medidas tecnológicas de protección implicó, casi al unísono, la aparición de diferentes variantes para intentar eludir dichas medidas. A estos actos de elusión se les conoce como *hacking* ataque y son las acciones directas de manipulación de las medidas tecnológicas para limitar o eliminar su finalidad de protección a los derechos de autor.

En la obra Estudios de derecho de autor y otros derechos afines, el autor Antequera expresa que:

Como lo señaló en 1995 el Informe estadounidense sobre Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de Información (Green Paper), la facilidad con la que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a los titulares de derecho de autor a recurrir a la tecnología, así como a la ley, para obtener una eficaz protección de sus obras mediante la ayuda tecnológica y aplicar sistemas contra el acceso, reproducción, manipulación, distribución, ejecución o presentación no autorizados, con el fin de hacer respetar la integridad de las obras y la administración y la licencia de esos derechos. (Antequera Parilli)

Para detener los mecanismos elusivos se requiere la implementación de nuevas estrategias de protección, por lo que se precisa la creación de la medida así como la verificación de que no exista la posibilidad de eludirla. En este sentido, se toman las medidas de carácter técnico para la protección de la obra y las medidas de carácter jurídico para garantizar la protección legal en relación con el acto de violación o elusión de la protección técnica de la obra.

La protección jurídica que se realiza con relación a los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección debe contener:

- prohibición de los actos de elusión,
- prohibición y control de los dispositivos y servicios que puedan utilizarse para eludir las medidas tecnológicas de protección,
- regulación de las limitaciones y excepciones a la protección contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección.

En este sentido el autor Gómez Segade establece que:

Las medidas tecnológicas de protección necesitan un apoyo jurídico y legislativo adecuado, en primer lugar, para asegurar que se respetan dichas medidas y, en segundo lugar, para disuadir la anulación de estas medidas por parte de personas que, de otro modo, infringirían los derechos de los propietarios del contenido (...) (Gómez Segade, Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual. El Derecho de Autor en el Entorno Digital, 1999)

Existen determinados actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección que son permitidos por la ley y de su utilización se derivan determinadas circunstancias especiales en las que las legislaciones estipulan la permisibilidad del acto de elusión para el beneficio de otros intereses especiales. Los Tratados de Internet, contemplan estas circunstancias cuando en la parte final de los artículos 11 del WCT, y 18 del WPPT.

Las medidas tecnológicas pueden limitar el acceso a obras que ya han pasado al dominio público por lo que su uso o reproducción es libre y, en otros casos, las medidas pueden impedir el acceso a obras que legalmente no se encuentran protegidas. En este sentido específicamente sería por estipulación de normas legales concretas o la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

Existe una serie de circunstancias que determinadas legislaciones han regulado relativas a excepciones al derecho exclusivo de reproducción y que definen algunos asuntos como el permiso de utilización de la copia privada en el caso concreto de España, el *fair use* en la normativa de Estados Unidos o casos en que permiten las excepciones relacionadas con los no videntes, las bibliotecas, la ingeniería reversa, la investigación sobre encriptación, entre otros casos.

Existen legislaciones que al regular la ilicitud de los actos de elusión de medidas tecnológicas de protección al derecho de autor implican determinadas situaciones

excepcionales, como el caso en que los titulares de los derechos deben garantizar la libre utilización de la obra para las excepciones regladas.

En otros casos igualmente se regula la ilicitud genérica del acto de elusión y, como excepción, la licitud del acto elusivo cuando este solo tiene como finalidad la obtención de una obra protegida tecnológicamente, respecto de la cual existe una excepción al derecho exclusivo de autorizar su uso o reproducción.

Para que un acto de elusión de las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor pueda llegar a ser lícito debe reunir tres requisitos que están establecidos en el artículo 9, numeral 2 del Convenio de Berna, que se indican a continuación:

- “La excepción solo puede tener lugar en casos especiales.
- La excepción solo puede ejercerse cuando no atente contra la explotación normal de la obra.
- La excepción no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.” (Antequera Parilli)

## **2.5. Gestión Digital de Derechos (DRM)**

### **2.5.1. Definición**

La gestión digital de derechos, también conocida como la gestión de derechos digitales, en sus siglas en inglés DRM hace alusión a las tecnologías utilizadas para controlar o limitar el uso de medios o dispositivos digitales y que son empleadas por las editoriales y los titulares de los derechos de autor con tales fines.

Los DRM se relacionan además con las restricciones a instancias específicas de obras digitales o dispositivos y son solapados en alguna medida con la protección de copia de software.

Los DRM son mecanismos que se implementan en software y hardware como la encriptación, los sistemas de identificación y el marcado de contenidos, permitiendo por tanto que se controle la reproducción de las obras que se distribuyen en formatos digitales. Estas obras pueden ser libros, música, videos, fotografía o de otras clases.

Para la explotación de cualquier obra en el entorno digital, constituye una condición previa ineludible su digitalización. Digitalizar no es otra cosa más que

desmaterializar las obras representándolas a través de una combinación numérica, en este caso, la aritmética binaria, es decir, que finalmente puede reducirse a dos números, el 0 y el 1, a los que se denomina bits. (Argudo Carpio, 2005)

Los sistemas para la gestión digital de derechos constituyen la forma de enfrentar los problemas que se relacionan con el acceso en forma no legal a los contenidos de los medios digitales como son el Internet, las comunicaciones móviles, la televisión y los accesos de banda ancha; por tanto los DRM protegen los derechos de propiedad intelectual que contienen dichas creaciones, deviniendo en una herramienta muy efectiva de control y gestión de derechos e información.

La aparición de estos sistemas en la regulación del derecho internacional fue en el año 1996, cuando los Tratados de Internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual incluyeron la caracterización y regulación de las medidas tecnológicas de protección efectiva.

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, en sus sigla WCT y el Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas, en sus siglas WPPT, establecen como prerrogativa de los derechohabientes la instalación de sistemas de restricción de acceso y copia. Adicionalmente, dichos cuerpos legales emplean condiciones para que cada país signatario regule la protección de las medidas tecnológicas, o sea criminalizarla elusión de estas.

La legislación principal en materia de DRM es la DMCA, *Digital Millenium Copyright Act*, de los Estado Unidos que tipifica como delito la elusión de las medidas tecnológicas de protección, entendida como la distribución y promoción de programas que faciliten a otros sujetos la elusión de las propias medidas.

Es importante destacar que según la DMCA, el simple acto de eludir la medida técnica de restricción se tipifica como delito, con independencia de si mediante la elusión se afecta o no algún derecho del distribuidor de la obra o de si esta elusión es imprescindible para que el público pueda hacer efectivo alguno de sus propios derechos.

### **2.5.2. Funciones esenciales y aplicaciones del DRM**

El autor Esteban Argudo asegura que: “Es unánimemente aceptado que la digitalización de una obra, independientemente del género a que esta pertenezca, constituye un acto de reproducción, aunque el resultado de esa reproducción no sea perceptible por los sentidos.” (Argudo Carpio, 2005)

Las restricciones legales existentes suelen imponerse al dueño de la copia física de un trabajo. La mayoría de los esquemas DRM aportan restricciones adicionales a la sola discreción de un distribuidor de medios, que puede o no ser la misma entidad que el poseedor del derecho de autor.

Una característica particular de los DRM es que su implementación no se limita únicamente a lo técnico sino que incursiona en lo legislativo, sus proponentes impulsan con grandes campañas de lobby en el mundo entero, proyectos de ley que prohíben la producción, distribución y venta de dispositivos electrónicos a menos que estén equipados con DRM y criminalizan cualquier esfuerzo de eludir los DRM, independientemente si esta elusión implica una violación del derecho de autor o no.

Los controles de DRM son ejecutados a través de la llamada computación fiable, estos controles crean un sistema informático en el cual un usuario no puede confiar, pues su comportamiento puede ser manipulado remotamente en cualquier momento sin importar la validez legal que tales manipulaciones tengan. La mayoría de los oponentes tienen muy poca fe en que el poder legislativo o el poder judicial puedan ser capaces de limitar tal manipulación.

La función esencial es quitar a los usuarios el control sobre sus dispositivos y transferirlo a terceros: el proveedor de software, la editorial, la discográfica, entre otros. Son ellos y no el público ni los autores, quienes operan los servidores y cadenas de distribución y control que sostienen los sistemas de DRM.

En la visión de quienes lo proponen, este control debe ser incluso más fuerte que la ley, si la elusión de DRM es delito, estas empresas se convierten de la noche a la mañana en legisladoras privadas, ya que pueden implementar restricciones y controles arbitrarios

completamente al margen de lo que la ley les permite y demandar a quienes los eludan por el simple acto de intentar ejercer sus propios derechos.

En algunos países existe el derecho del público de hacer copias para uso privado, aunque las obras estén bajo derecho de autor. Pero si el usuario no puede hacer la copia sin eludir el sistema de DRM, que no se lo permite, la empresa que controla el DRM acaba de anular un derecho legítimo del usuario ya que cualquier intento de ejercerlo lo convierte en un criminal. En todo caso, el derecho de copia privada reposa en el supuesto de que a la obra que se va a copiar se ha accedido lícitamente y no con vulneración de los derechos de propiedad intelectual que existan sobre ella.

Existen diferentes mecanismos de DRM diseñados por distintas empresas, pero en general todos tienen en común algunas características:

- ✓ Detectan quién accede a cada obra, cuándo y bajo qué condiciones y pueden reportar esta información al proveedor de la obra;
- ✓ Autorizan o deniegan de manera inapelable el acceso a la obra, de acuerdo con condiciones que pueden ser cambiadas unilateralmente por el proveedor de la obra con total independencia de lo que dicte el marco jurídico;
- ✓ Cuando autorizan el acceso, lo hacen bajo condiciones restrictivas que son fijadas unilateralmente por el proveedor de la obra, independientemente de los derechos que la ley otorgue al autor o al público. (Argudo Carpio, 2005)

No existe un estándar de la industria para los DRM y de hecho ésta es una de las discusiones que está dilatando y dificultando su implementación masiva. Sin embargo, ya es difícil conseguir un reproductor de MP3 o un teléfono celular que no contenta algún tipo de sistema de gestión digital de restricciones.

### **2.5.3. Desarrollo tecnológico del DRM**

El DRM permite controlar la distribución de archivos que poseen contenidos digitales y que es posible controlar cualquier video, archivo musical o documento susceptible de estar protegido por derechos de autor.

Un archivo protegido con la tecnología DRM permite al distribuidor controlaren el tiempo, la persona y la forma en que se va a ver ese archivo con base a la licencia de distribución que haya diseñado el autor o distribuidor de la obra.

Existen diversos tipos de DRM, pero básicamente se pueden dividir en dos clases:

- DRM por hardware, que es quizás el más efectivo. Este tipo de DRM puede ser incluido en el hardware de cualquier dispositivo susceptible de poder reproducir contenidos digitales, y obviamente entre esta categoría está enmarcada los ordenadores y también dispositivos reproductores de DVD, dispositivos reproductores de CD, las nuevas tecnologías de almacenamiento digital como el blue ray, etc.
- DRM por software, que es quizás menos eficaz, pero que puede llegar a impedir reproducir en parte o en su totalidad el contenido del archivo digital que pretendemos escuchar o visualizar. En esta categoría existen diversos métodos que la implementan, entre ellos el Fairplay diseñado por Apple para su itunes, RealMedia Helix, de Real Network o Windows Media DRM, implementado por Microsoft para su popular reproductor multimedia y al cual se referirá en este artículo. (Fernández Ballesteros, 2015)

La finalidad de esta tecnología es entregar de forma segura contenido digital y proteger los derechos de autor, no impide reproducir o grabar aquellos archivos digitales que existen en los PC.

Muchas tiendas de música en línea emplean DRM para lograr restringir el uso de la música que se compra y se descarga en línea. Existen diversas formas para los consumidores de compra de música digital de Internet, en términos tanto de tiendas como opciones de compras.

Los libros electrónicos leídos en una computadora personal o en un lector de libros electrónicos típicamente usan restricciones de DRM para limitar la copia e impresión y que sean compartidos. Esta clase de libros se hallan usualmente limitados a determinado número de dispositivos de lectura y algunas editoriales de publicaciones electrónicas previenen cualquier copia o impresión.

Por tales razones, muchos consumidores no son partidarios de adquirir libros electrónicos. Se cree que el DRM es una de las razones principales por la cual el mercado de los libros electrónicos ha tenido un lento despegue.

Las marcas de agua digitales son características discretas de los medios que se le agregan durante la producción o distribución. Las marcas de agua digitales involucran datos esteganográficamente incrustados dentro los datos de audio o video. Las marcas de agua pueden ser usadas para distintos propósitos que pueden incluir:

- “para registrar el dueño de los derechos de autor,
- para registrar el distribuidor,
- para registrar la cadena de distribución,
- para identificar el comprador de la música.” (Fernández Ballesteros, 2015)

Las marcas de agua no son mecanismos DRM completos en su propio derecho, pero son usados como parte de un sistema DRM para ayudar a proporcionar las pruebas de cargos para vías legales de gestión de derechos, en vez de restricción tecnológica directa.

#### **2.5.4 Beneficios y desventajas del DRM**

El uso de DRM es polémico. Los que abogan a favor de su utilización argumentan que es necesario, para los poseedores de derechos de autor, prevenir la duplicación sin autorización de sus obras y así asegurar flujos continuos de ingresos. Sus detractores, sostienen que los poseedores de derechos de autor intentan restringir el uso de material con copyright incluso en formas no cubiertas por las leyes existentes.

En la práctica, todos los sistemas de DRM usados ampliamente han sido derrotados o eludidos cuando han sido desplegados a suficientes consumidores. El restringir la copia de material audiovisual es especialmente difícil debido a la existencia del agujero analógico e incluso se sugiere que un DRM eficaz es lógicamente imposible por esta razón.

DRM es una extensión del control de acceso obligatorio en donde una política central puesta por un administrador es reforzada por un sistema computacional. Los bien estudiados problemas teóricos del control de acceso obligatorio se aplican igualmente a DRM.

DRM es vulnerable a una clase adicional de ataques debido a su necesidad de correr en un hardware resistente a la manipulación, pues los sistemas DRM que no corren bajo un hardware resistente a manipulación no pueden ser teóricamente seguros ya que el contenido digital puede ser copiado en el hardware.



Las restricciones legales existentes suelen imponerse al dueño de la copia física de un trabajo. La mayoría de los esquemas DRM van más allá y aportan restricciones adicionales a la sola discreción de un distribuidor de medios, el cual puede o no ser la misma entidad que el poseedor del derecho de autor.

Las implementaciones de DRM y las legislaciones que los legitiman están en clara contradicción con los ideales del software libre. Legislaciones como DMCA y DADVSI no sólo criminalizan a quienes eluden los DRM sino que además permiten a los proveedores de contenidos prohibir la escritura de programas que admiten leer esos materiales.

Quienes se oponen al uso de tecnologías DRM señalan que violan una serie de derechos:

- El derecho al libre acceso a la cultura.
- El derecho a la intimidad.
- El derecho a realizar copias en casos particulares.
- La realización de obras derivadas.
- El derecho de cita para comentar las obras publicadas.
- El "fair use" y las excepciones al copyright.
- El dominio público.
- La presunción de inocencia.
- El derecho a la libertad de expresión. (Fernández Ballesteros, 2015)

## **2.6. La Gestión Colectiva de derechos de autor y derechos conexos en el entorno digital**

Los derechos conexos se aplican a otras categorías de titulares de derechos y básicamente comprende a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y radiodifusiones; es decir, los titulares de estos derechos tienen la categoría de intermediarios en la producción, grabación o difusión de las obras.

Se relacionan con el derecho de autor por cuanto los titulares de los derechos conexos intervienen en el proceso de creación intelectual prestando asistencia a los autores en la divulgación de sus obras al público; así por ejemplo los músicos dan voz o sonido a las obras de los compositores, los actores interpretan papeles en las obras escritas por los dramaturgos, los productores de fonogramas graban y producen canciones y música escrita

por autores y compositores, interpretada o cantada por artistas intérpretes o ejecutantes; los organismos de radiodifusión difunden obras y fonogramas en sus emisoras y participan en el círculo de creación, nacimiento y difusión de las obras.

Los derechos conexos están contemplados en el ámbito internacional desde 1961 a través de la Convención de Roma, la cual fue denominada “Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión”.

Igualmente el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de 1994 incluye o aborda esta protección internacional. En la ley ecuatoriana se reconoce una protección de setenta años contados desde el año siguiente al de la interpretación, ejecución o de su fijación según el caso.

Art. 91.- La duración de la protección de los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, será de setenta años, contados a partir del primero de enero del año siguiente a aquel en que tuvo lugar la interpretación o ejecución, o de su fijación, según el caso. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

### **2.6.1. Definición**

El autor Antequera define a las entidades de gestión colectiva en la forma siguiente:

Se definen como entidades de gestión colectiva a aquellas asociaciones civiles y sin fines de lucro constituida de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley, para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión del derecho de autor o de los derechos conexos e carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios titulares de esos derechos, siempre que hayan obtenido de la autoridad competente la respectiva autorización de funcionamiento. (Antequera Parilli)

Las organizaciones de gestión colectiva son un punto de enlace entre creadores y usuarios de obras protegidas por los Derechos de Autor, garantizan que los creadores reciban la debida retribución por el uso de sus obras.

En Ecuador existen las denominadas Sociedades de Gestión Colectiva, por mandato de la ley deben constituirse como personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro, porque el objeto social es la defensa de los derechos patrimoniales del autor o de quienes ostenten la calidad de titulares de los derechos conexos. La afiliación de los miembros es

voluntaria porque la Constitución de la República reconoce como derecho fundamental la libre asociación.

En el campo digital, fundamentalmente en Internet el accionar de la gestión colectiva debe adaptarse a esta nueva realidad en función de que este medio facilita la creación y acceso a obras del ingenio humano que se encuentran bajo la protección de derecho de autor, y aún más estas obras, o con más precisión sus copias pueden ser utilizadas en cualquier lugar del mundo.

Por esta razón las organizaciones de gestión colectiva como una estrategia para frenar la utilización indebida cuentan con sistemas para el suministro en línea de información relacionada con la concesión de licencias para la explotación de las obras que administran, lo que facilita la supervisión de la utilización de las obras, la recaudación y distribución de las remuneraciones correspondientes a las distintas categorías de obras dentro del entorno digital.

Una medida de protección son los códigos que se ponen en los soportes digitales como los discos compactos y las películas, permitiendo una adecuada identificación de las obras, de los titulares del derecho y más datos de identidad.

En el criterio del autor Ricardo Antequera:

El primer principio sobre el cual descansa la gestión colectiva es el de la eficacia, es decir, la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera, en el caso que nos ocupa, una efectiva recaudación de las remuneraciones correspondientes a la explotación de las obras, prestaciones y producciones de los asociados o representados por la entidad y su correcta distribución. (Antequera Parilli)

Así en los tratados de la OMPI sobre Internet destacan la importancia de tener un marco jurídico nacional para impedir cualquier intento de eludir las medidas tecnológicas de protección y de garantizar que no se produzca ningún tipo de supresión o alteración de cualquiera de los elementos de los sistemas de información digital u otros, mediante la protección de las medidas tecnológicas que implantan los autores o titulares en sus obras para garantizar su integridad así como prohibir la importación, fabricación y distribución de medios o materiales ilícitos que permitan eludir dichas medidas y los actos que vayan en perjuicio de los sistemas de información sobre la gestión de derechos.

Sin embargo, para una adecuada protección de las obras en el ámbito digital, Internet, el accionar de las sociedades de gestión colectiva es fundamental e incluso se ha planteado que ya no pueden operar individualmente, por el contrario deben agruparse en asociaciones o en redes más grandes con cobertura mundial por cuanto Internet tiene un campo de acción a nivel mundial.

Es así que esta estrategia relativa a la música ya se aplica en Europa y Estados Unidos, mediante la alianza entre las diversas sociedades de gestión colectiva que representan los intereses de los titulares de derechos conexos con el objeto de crear una red digital que facilite el acceso al registro de obras, documentación y licencias de uso a las cuales debe dárseles un valor supranacional.

En este sentido existen los acuerdos de Santiago de Chile y Barcelona, suscritos en los años 2000 y 2001 respectivamente, que buscan establecer un sistema de licencias de cobertura mundial para la utilización de obras musicales por Internet.

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador define las sociedades de gestión colectiva en la forma siguiente:

Art. 109.- Son sociedades de gestión colectiva las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos.

La afiliación de los titulares de derechos de autor o de derechos conexos a una sociedad de gestión colectiva es voluntaria. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

### **2.6.2. Estructura de las sociedades de gestión: colectivas e individual**

La existencia de entidades o sociedades de gestión de derechos no implica que el titular de derechos se vea abocado a dejar, en todos los casos, en manos de aquéllas la gestión de derechos.

El titular de derechos puede optar entre una gestión de derechos individual, una gestión de derechos a través de estas sociedades o una gestión por medio de terceros que no tengan la cualificación de sociedades de gestión:

- De forma directa por el titular originario del derecho.

El titular puede reservarse el ejercicio individual de sus derechos y ser él mismo el que contrate directamente las licencias de uso y recaude el precio por él fijado. Este es el caso

de los productores cinematográficos o de los organismos de radiodifusión que suelen gestionar ellos mismos sus derechos sin acudir a ninguna entidad.

- A través de un representante o mandatario, que puede ser una persona física o jurídica que no esté sujeta a las normas de la gestión colectiva por no haber solicitado la autorización administrativa preceptiva.

En principio, nada impide esta posibilidad salvo que la ley la prohíba expresamente, como es el caso de la ley chilena que establece que la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos sólo podrá realizarse a través de las entidades debidamente autorizadas.

Por tanto, cabe que la gestión sea encomendada a terceros aun no gozando éstos de la cualidad de entidades de gestión de derechos propiamente dichas; en tal caso, estos terceros no estarán sometidos al régimen específico de aquéllas y no tendrán ni sus derechos ni sus obligaciones.

- Mediante entidades de gestión colectiva.

Constituye la gestión tradicional de los derechos de autor y la que la práctica ha demostrado que es la mejor forma de gestionar estos derechos a través de organizaciones de base asociativa, dedicadas generalmente en exclusiva a la administración y defensa de los derechos de sus socios.

En este sentido la legislación nacional establece que:

Art. 110.- Las sociedades de gestión colectiva están obligadas a administrar los derechos que les son confiados y estarán legitimadas para ejercerlos en los términos previstos en sus propios estatutos, en los mandatos que les hubieren otorgado y en los contratos que hubieren celebrado con entidades extranjeras, según el caso.

La representación conferida de acuerdo con el inciso anterior, no menoscabará la facultad de los titulares de derechos para ejercitar directamente los derechos que se les reconocen en este libro. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

En este caso, y a parte de los derechos de gestión colectiva obligatoria en los que la propia ley encomienda la gestión a la entidad, la gestión de los derechos es encomendada por el titular a la entidad mediante un contrato denominado contrato de gestión. Generalmente las leyes suelen imponer determinadas condiciones al contenido del contrato, referidas normalmente a su duración y al objeto del mismo.

En la suscripción de los contratos el equilibrio entre las partes está claramente inclinado a favor de las entidades que fácilmente podrán imponer sus condiciones de adhesión al titular de derechos que pretenda recibir los servicios de aquella.

Este desequilibrio puede justificarse en la medida que las entidades, para el mejor ejercicio de las funciones que tienen que desempeñar necesitan de una cierta seguridad y estabilidad en cuanto al contenido y alcance de los derechos que han de gestionar.

Es razonable que las entidades obliguen a que la gestión les sea encomendada por un determinado número de años y con un alcance preestablecido en lo que podría ser una especie de cláusulas de adhesión, con el inconveniente para el autor que en las más de las veces no podrá acudir a otra entidad que le ofrezca unas condiciones más ventajosas por la sencilla razón de que esta otra entidad no existirá.

De ahí que pueda pensarse que en este concreto sector y para este tipo de contratos se puedan originar tensiones no siempre de fácil solución entre los principios que informan las normas de competencia, las de las condiciones generales de la contratación y la eficacia de la gestión colectiva que pasa por dotar a las entidades de una seguridad en el repertorio que administran.

Asimismo, es necesario realizar una última matización en relación con la gestión de derechos, ya que el autor así como los demás titulares tendrán que encomendar necesariamente a una entidad la gestión de aquellos derechos que la legislación haya predeterminado que son de gestión colectiva obligatoria.

Dentro de la gestión colectiva se puede distinguir la gestión colectiva voluntaria de la necesaria y de la obligatoria, siendo objeto de la primera aquellos derechos que el autor puede perfectamente gestionar individualmente, pese a lo que opta por encargar esta tarea a una entidad.

Por su parte, serán objeto de gestión colectiva necesaria aquellos derechos respecto de los que no habiendo obstáculo normativo para que sean gestionados por el propio titular, resulta materialmente imposible para éste hacer algo así.

En relación con sus finalidades, las sociedades de gestión colectiva podrían tener varias, por ejemplo, la defensa de los intereses de los titulares de los derechos, pero su objetivo fundamental o esencial es la administración o gestión colectiva de los derechos de autores, artistas o productores, o sea que están obligadas a recaudar de los usuarios las regalías por la utilización del repertorio que es entregado a su administración y distribuirlo entre los titulares. (Argudo Acarpio, 2014)

### **2.6.3 Naturaleza jurídica de la representación que ejerce la organización de gestión colectiva**

Las Entidades o Sociedades de Gestión son fundamentalmente una herramienta o instrumento para la protección de los derechos que corresponden a los autores y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual.

Por tanto, las entidades de gestión no son el sujeto protegido por las leyes de derechos de autor sino un mecanismo más, el más importante sin ninguna duda para la eficaz protección de los derechos de aquellos. En razón a este régimen especial y a este carácter instrumental, la mayoría de los ordenamientos establecen que las entidades son asociaciones y además son asociaciones privadas.

Asociaciones públicas es posible encontrar en algunos países africanos, en países de la antigua Europa del Este así como también en Italia, si bien progresivamente se han ido adaptando hacia el modelo privado. En el ámbito iberoamericano, las entidades son asociaciones privadas, aunque en algún caso se las pueda reconocer un interés público, como en el artículo 64 de la Ley de Bolivia.

Adicionalmente, suelen ser asociaciones sin ánimo de lucro; en Alemania, sin embargo, pueden tener ánimo de lucro y en El Salvador pueden constituirse bajo cualquiera de las formas societarias reguladas en el Código de Comercio, en su artículo 103.

Estas entidades, sea cuál sea su forma societaria, tan sólo pueden dedicarse con carácter general a la gestión de derechos de autor o de derechos conexos aunque, como se dirá más adelante, existen otras funciones que también pueden e incluso deben desempeñar. En todo caso, se tratará de unas funciones íntimamente ligadas a la protección y defensa de esta clase de derechos.

El gran hito de la regulación de los derechos conexos en el Ecuador fue la expedición de la Ley de Propiedad Intelectual, promulgada en el año 1998, no porque antes no existieran leyes o una sociedad de gestión colectiva, sino por el hecho de que este instrumento establece por primera vez los recursos y los medios destinados a la promoción, fomento y protección de los derechos de propiedad intelectual, así como su real observancia. (Argudo Acarpio, 2014).

#### **2.6.4. Funciones que comprende La Gestión Colectiva de los derechos de autor y derechos conexos**

Las funciones principales de la sociedad de gestión colectiva son las siguientes:

- Ejercen en nombre propio o ajeno la defensa de los intereses patrimoniales y eventualmente los morales, que corresponden a sus asociados o representados, en su condición de titulares originarios o derivados, de un derecho de autor o un derecho conexo.
- Establecen tarifas generales aplicables por la explotación de las obras, cuyos derechos administran y recaudan las remuneraciones correspondientes al uso de su repertorio, mediante la aplicación de tarifas aprobadas y publicadas.
- Distribuyen esas remuneraciones entre los titulares de derechos asociados o representados, en proporción al uso efectivo de las obras, interpretaciones o producciones administradas. (Argudo Acarpio, 2014)

El trabajo que realizan estas sociedades tiene una serie de etapas, señalando de manera genérica las siguientes:

1. Primero se inicia con el registro y documentación de la obra.
2. Luego se otorgan en concesión las licencias.
3. Posteriormente se efectúa la recaudación de las regalías.
4. Finalmente se distribuye al autor los importes de las regalías obtenidas.

En el caso concreto del Ecuador, las funciones principales que desarrollan las sociedades de gestión colectiva son:

- negociar las condiciones de explotación de obras, es decir, pactar la remuneración que debe pagar el usuario;
- conferir la autorización de uso de las obras;
- recaudar el dinero recibido;
- distribuir lo recaudado.

Art. 112.- Las sociedades de gestión colectiva serán autorizadas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y estarán sujetas a su vigilancia, control e intervención. La Dirección Nacional de Derechos de Autor podrá, de oficio o a petición de parte, intervenir una sociedad de gestión colectiva, si ésta no se adecua a las prescripciones de este capítulo y del reglamento. Producida la intervención, los actos y contratos deberán ser autorizados por el Director Nacional de Derechos



de Autor para su validez. Son requisitos para la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva:

- a) Que el estatuto de la entidad solicitante cumpla los requisitos establecidos en este capítulo; y,
- b) Que de los datos aportados y de la información practicada se desprenda que la entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos cuya gestión le va a ser encomendada. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)

Actualmente operan las siguientes sociedades de gestión colectiva en el Ecuador:

- SAYCE – Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos. Su objetivo es administrar los derechos económicos resultantes del uso obras musicales de autores nacionales y extranjeros.
- SOPROFON – Sociedad de Productores de Fonogramas. Representa en el Ecuador los catálogos de los productores fonográficos nacionales e internacionales.
- EGEDA – Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales del Ecuador. Recauda y distribuye los valores resultantes de la gestión de los derechos de los productores audiovisuales, ya sean nacionales o extranjeros, personas naturales o jurídicas.
- SARIME – Sociedad de Artistas Intérpretes y Músicos Ejecutantes del Ecuador. Recauda y administra los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes y músicos ejecutantes.

Finalmente, la Ley de Propiedad Intelectual señala que las sociedades de gestión colectiva deben establecer tarifas relativas a las licencias de uso de las obras, con la finalidad de que el usuario sepa cuánto debe pagar para poder utilizarlas sin violar derechos de propiedad intelectual:

Art. 116.- Las sociedades de gestión colectiva establecerán las tarifas relativas a las licencias de uso sobre las obras o producciones que conformen su repertorio. Las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva serán publicadas en el Registro Oficial por disposición de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, siempre que se hubieren cumplido los requisitos formales establecidos en los estatutos y en este Capítulo para la adopción de las tarifas. (Ley de Propiedad Intelectual, 2006)



## **CAPÍTULO III**

### **ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EN LOS CASOS NAPSTER, GROKSTER Y MEGAUPLOAD**

A continuación, se analizará unos casos que pueden calificarse como emblemáticos por su importancia en el desarrollo jurisprudencial del derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital, puesto que en dichos casos se han establecido responsabilidades por las infracciones cometidas a través de internet y mediante sistemas, que se examinarán, que fueron desconocidos e impensados en el ámbito de la tecnología analógica.

#### **3.1. Software de Intercambio – Sistemas P2P**

Las características de las redes P2P son:

- Escalabilidad
- Robustez
- Descentralización
- Repartición de costes entre usuarios
- Seguridad
- Anonimato

Según el autor Juan Calvi, en su estudio *Los sistemas de intercambio de usuario a usuario (P2P) en Internet. Análisis de una lógica de distribución, intercambio y reproducción de productos culturales*:

Dada la naturaleza simbólica de los productos culturales, su contenido (texto, audio, imagen, vídeo), una vez digitalizados, puede ser separado de su soporte digital original (CD, DVD, etc.) bajo la forma de un archivo informático y puesto en circulación a través de los Sistemas P2P en Internet, a través de los cuales se distribuyen, intercambian y reproducen archivos que contienen canciones, discos, vídeos o películas.

Una propiedad importante de los productos culturales distribuidos en los Sistemas P2P es que, al tratarse de productos culturales bajo la forma de archivos informáticos, éstos pueden ser modificados o reeditados en múltiples formas, alterando así su carácter único, de manera que pueden ser modificados o reeditados en múltiples formas, alterando así su carácter único de manera que puedan ser

registrados en cualquier tipo de soporte y distribuidos en diversos canales y sistemas digitales. Actualmente los sistemas de mensajería instantánea permiten, además del clásico ‘chat’ o conversación realizada a través de la interfaz de teclado, sostener directamente una conversación de voz e incluso de videoconferencia a través de una webcam o cámara de vídeo digital para ordenador; mientras que la mayoría de los sistemas de intercambio P2P que estudiaremos incluyen opciones de chat y webchat. (Calvi, 2004)

### **3.1.1 Definición**

La red *peer-to-peer*, también llamada red de pares, red entre iguales o también red entre pares, es una clase de red de computadoras, cuyo funcionamiento se basa en que todos o algunos aspectos pueden funcionar sin la existencia de clientes ni servidores fijos. Estas redes P2P posibilitan y facilitan que se realice el intercambio directo de información en cualquier formato, entre los ordenadores que estén interconectados.

Las redes P2P son implementadas como redes superpuestas que se construyen en la capa donde se aplican las redes públicas como el caso de Internet y debido a su utilidad para que la información sea compartida e intercambiada directamente entre dos o más usuarios, en muchos casos se utilizan para acceder a obras o prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

El punto culminante en el desarrollo de las redes P2P fue en el año 1999 con la creación de la aplicación para compartir música y archivos denominada Napster, que dio forma a la actual aplicación y dando inicio de las redes *peer-to-peer*.

### **3.1.2 Clases de sistemas P2P**

Para realizar una adecuada clasificación de los tipos de sistemas P2P, deben analizarse de acuerdo a determinados parámetros, como son:

- Según el grado de centralización

Esta clasificación fue realizada por los relevantes grafos de Paul Baran y se aplican al diseño el sistema P2P:

#### **1. Redes P2P centralizadas**

Esta clase de sistema P2P se sustenta en una arquitectura monolítica y todas las transacciones se realizan mediante un servidor único, cuya función es enlazar dos nodos, además de almacenar y distribuir los nodos en los que se

almacena el contenido. Algunos ejemplos de esta clase de redes son Napster y Audiogalaxy.

Este tipo de redes tiene una administración muy dinámica, pero además posee una disposición permanente de contenido, pero en un aspecto negativo, se halla muy limitada en relación con el tema de la privacidad de los usuarios, además carece de escalabilidad de un sólo servidor. También se presentan problemas en puntos únicos de fallo, situaciones legales, generando altos costos de mantenimiento y de consumo de ancho de banda.

Las características de la red P2P centralizada son:

- ✓ Opera bajo un servidor único, que enlazados nodos y como servidor de acceso al contenido.
- ✓ Todas las comunicaciones generadas son dependientes del servidor.

## 2. Redes P2P híbridas, semi centralizadas o mixtas.

En estos casos existe una interacción entre un servidor central que sirve como *hub* y es el que realiza la función de administrar los recursos de banda ancha, enrutamientos y comunicación entre nodos. (Calvi, 2004)

Caso que no se conoce la identidad de cada nodo y no se almacena la información, por tanto el servidor no comparte archivos a otro nodo. En estos casos es posible incorporar más de un servidor para gestionar los recursos compartidos.

No obstante, si el servidor o los servidores que gestionan el proceso caen, el grupo de nodos se mantiene en contacto mediante una conexión directa entre ellos mismos y por tanto se comparte y descarga más información cuando no están los servidores. Algunos ejemplos de esta red son BitTorrent, eDonkey y Direct Connect.

Las características de las redes P2P híbridas, semi centralizadas o mixtas son:

- ✓ Posee un servidor central para almacenar información en espera y responde a peticiones para esa información.
- ✓ Los nodos son responsables de hospedar la información y el servidor central reconoce los recursos que se desean compartir.
- ✓ Las terminales de enrutamiento son direcciones usadas por el servidor y se administran por un sistema de índices para obtener una dirección absoluta.

## 3. Redes P2P «puras» o totalmente descentralizadas

Este es el modelo que más se emplea de las redes P2P. No implican una gestión central, y se reduce la necesidad de usar un servidor central, por lo cual los mismos usuarios son los nodos de esas conexiones y son los que almacenan la información.

Las comunicaciones se realizan de forma directa de usuario a usuario, ayudados por un nodo que es otro usuario, actuando como enlace de esas comunicaciones. Algunos ejemplos de una red P2P pura son: Kademia, Ares Galaxy, Gnutella, Freenet y Gnutella.

Se puede caracterizar a estas redes en la forma que sigue:

- ✓ Los nodos actúan como cliente y como servidor.
- ✓ No hay servidor central para manejar las conexiones de red.
- ✓ No hay un enrutador central que haga la función de nodo y administre direcciones. (Calvi, 2004)

- Según su estructuración

De acuerdo con la estructuración, la red de sobre capa del P2P se basa en que los usuarios participan como nodos de red, por tal motivo existen enlaces entre dos nodos diferentes que se conozcan, haciendo la distinción entre las redes del P2P no estructuradas y las estructuradas.

1. Red P2P no estructurada

Esta clase de redes se forman al momento en que los enlaces de la sobrecapa se establecen de forma arbitraria, en casos como que un usuario que intente unirse a la red copie enlaces de otro nodo y después forme sus propios enlaces en determinado tiempo. Ejemplo de este tipo de red es Gnutella.

Su desventaja evidente radica en que las peticiones no siempre podrán resolverse. La mayor parte de las redes populares P2P, Napster, Gnutella y KaZaA, son redes P2P sin estructura.

2. Red P2P estructurada

Las redes P2P estructuradas no tienen las limitaciones de las redes no estructuradas, pues permiten que el usuario sea responsable de contenido específico en la red, de acuerdo con un protocolo global.

Algunas redes P2P estructuradas son: Chord, Pastry P2P Network, Tapestry P2P Network, Content Addressable Network, Tulip Overlay, CAN.

- Según la generación a la que pertenezcan
  1. La primera generación de P2P fueron las iniciales, de tipo centralizadas.
  2. La segunda generación de P2P se introdujo la descentralización, hasta la actualidad mantenida.
  3. La tercera generación de P2P y la más actual genera una forma de comunicación no directa, cifrada y anónima.
  
- Según el grado de protección de nuestra identidad
  1. Sin características de anonimato
  2. Pseudónimo
  3. Red P2P Privada
  4. Friend-to-friend (Calvi, 2004)

### **3.1.3 Legitimidad e Ilegitimidad**

La mayoría de los países desarrollados plantean la necesidad de detener o limitar, en alguna medida, el intercambio en las redes P2P; en estos casos fundamentalmente se encuentran Estados Unidos y los países Europeos, en los que por su gran desarrollo en el campo de las tecnologías de la información son muchas las formas en que estas redes se utilizan para vulnerar los derechos de autor.

Desde una perspectiva de protección de los derechos humanos, en forma general, es posible plantear que el acceso a la información también es un derecho fundamental que no debe ser restringido, salvo en casos especiales. Existen quienes sostienen que las redes P2P, sirven para transmitirlos datos entre los usuarios de Internet y por tanto, no vulneran la protección de la propiedad intelectual sino que facilitan el desarrollo de la sociedad informática.

Sin embargo, el problema del uso de las redes P2P trae consigo muchos casos de piratería, que implican pérdidas millonarias para cineastas y músicos y, en mayor medida, para las casas discográficas.

En el Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo de las Naciones Unidas, del año 2004, se plantea que:

Según informa la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, sobre el 12% de los derechos pagados al artista por cada disco compacto, a éste le queda apenas un 4% después de deducir los honorarios del productor, el costo de embalaje, los productos gratis (regalos) y las retenciones por existencias no vendidas. (Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo, 2004)

En el Reporte Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de expresión y opinión, la Organización de las Naciones Unidas no apoya la decisión del imitar o restringir el Internet:

Si bien las propuestas en marcha bloquean y filtran a los usuarios de contenido específico en la red, los estados también han adoptado medidas para cortar el acceso a Internet por completo. Cortar a los usuarios este acceso, independientemente de la justificación que se presente, ya sea por derechos de autor u otras causas similares, es una medida desproporcionada y por lo tanto una violación del artículo 19, apartado 3, del pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos. (Reporte Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de expresión y opinión, 2011)

En conclusión, luego de analizar las posiciones a favor y en contra del desarrollo e implementación de las redes P2P, es posible establecer que si bien estas constituyen un medio idóneo que permite la distribución del material inédito y poder compartirlo con libertad, no obstante el ejercicio sin control es perjudicial para los titulares del derecho de autor y los derechos conexos, cuando no se obtiene su autorización para distribuirlos a través de la red.

Es válido aclarar que no todo el contenido que se comparte por estas redes vulnera los derechos de autor o derechos conexos, pues igualmente existe contenido de texto, audio, vídeo, software, imagen, entre otros, que se encuentran en el dominio público o cuenta con una licencia libre que permite descargar, distribuir, compartir o modificar.

Ejemplos de contenidos que se pueden compartir libremente, a más de los casos en que los propios titulares los ponen a disposición de los usuarios en la red, son los que poseen las siguientes licencias totalmente legales:

- Licencia GNU
- Licencia Creative Commons
- Licencia Copyleft,



Estas licencias permiten la libre distribución de contenido de una obra propia, pues se establecen para no limitar la distribución de una obra y precisamente logran su cometido por la existencia de las redes P2P, de ahí que el bloqueo de forma legal de estas redes P2P vulnera el derecho a las libertades de los creadores.

## **3.2 Caso Napster**

### **3.2.1 Napster INC.**

Napster se creó como un servicio de distribución de archivos de música, utilizando el formato MP3. Su mérito radica en haber sido la gran red P2P. Con la implementación de este sistema, los aficionados a la música tenían la posibilidad de compartir sus colecciones de MP3 con otros usuarios, en una manera viable y fácil y por consiguiente comenzaron las inquietudes de las instituciones encargadas de la protección de los derechos de autor.

Esta red utilizaba un servidor principal para acceder a la lista de usuarios conectados y archivos compartidos por cada uno de ellos, permitiendo a los usuarios realizar entre sí, las transferencias de archivos.

Algunas empresas discográficas comenzaron procesos en contra de Napster en el año 1999, conllevando a un aumento vertiginoso de su popularidad entre los usuarios. En el año 2001 se decretó judicialmente el cierre de los servidores Napster, para evitar la violación de los derechos de autor.

En el año 2008 se lanzó la tienda más grande y más detallada de MP3 del mundo, en el sitio *free.napster.com.*, con los archivos en formato MP3. En el año 2011 Napster se fusionó con Rhapsody y comenzó sus operaciones en otros países de América y Europa.

La forma de operar y distribuir la música de Napster Inc., tiene su fundamento en una red de usuarios que transmiten sus archivos de MP3 entre ellos. Estos ficheros no se hallan almacenados en ningún servidor, los ordenadores particulares sirven a los otros usuarios de la red, sus archivos de MP3.

El programa Napster, opera recogiendo información sobre la música en MP3 disponible en el ordenador. El usuario que desee encontrar una canción, disco o artista es remitido por el programa al usuario más cercano que lo tenga disponible y facilitará el

intercambio a través de la interacción entre ambos. Su funcionamiento genera una red de intercambio con cientos de miles de usuarios.

Las ventajas del sistema Napster son:

- Mayor velocidad en el proceso de descarga
- Gran número de archivos de música digital disponibles.

Napster no almacena los archivos que se intercambian entre los usuarios y no asume responsabilidad con relación a esos archivos, solicitando las notificaciones de los casos de infracción del derecho de autor a los usuarios y a los propietarios de los derechos de autor.

El autor Juan Calvi sobre Napster refiere que:

Estos sistemas se popularizaron con Napster, desarrollado en enero de 1999 por un estudiante norteamericano de 19 años de la Northeastern University of Boston, Shawn Fanning, con el propósito de compartir archivos musicales con sus compañeros de universidad a través de Internet. El uso del nuevo sistema de intercambio se difundió rápidamente dentro del campus universitario y posibilitó, en una forma antes inédita, la articulación de una embrionaria red de usuarios dedicada al intercambio de música en Internet. Se instituyó así una nueva forma de distribución y consumo musical alternativa a los tradicionales canales de comercialización y consumo de música controlados por las industrias discográficas. (Calvi, 2004)

Las condiciones que deben aceptarse para acceder a Napster son las que se enumeran a continuación:

1. Los usuarios son responsables de cumplir con las leyes aplicables a los contenidos de MP3 que se usen en el sistema.

2. Los usuarios no podrán usar el servicio de Napster para:

- infringir, de cualquier modo, los derechos de propiedad intelectual,
- invadir la privacidad, obtener la identidad o cualquier información personal de los usuarios de Napster; así como eliminar o modificar cualquier información contenida en el ordenador de cualquier usuario,
- modificar cualquier parte del servicio del Napster.

Con relación a las facilidades de Napster y los adeptos que logró el sistema, el propio autor asegura:

A partir del desarrollo de Napster, los usuarios pudieron acceder así a los archivos alojados en los ordenadores de otros usuarios y aumentar la red con sus propios archivos, recuperando en cierta forma la lógica originaria y constitutiva de Internet: el intercambio colaborativo y abierto de información entre usuarios que participan al mismo nivel en un sistema. Napster constituyó así un modelo original de concebir la distribución de música a través de Internet, reutilizando el poder de procesamiento de los propios ordenadores de los usuarios del sistema.

La popularización de este sistema se fue constituyendo en el prototipo de una base de datos de archivos musicales digitalizados construida socialmente, puesto que los usuarios podían ‘subir’ (upload) y ‘bajar’ (download) sus archivos musicales favoritos, posibilitando una nueva forma de trabajo voluntario, cuyo valor incrementa el propio valor del sistema en su conjunto. Se fue configurando de este modo una base de datos compartida con archivos musicales que los propios usuarios deseaban poseer y en la que cada usuario se transformaba a su vez en distribuidor y reproductor de los mismos. (Calvi, 2004)

### **3.2.2. Acciones legales de la RIAA contra Napster**

En fecha 7 de diciembre del año 1999 la Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos, en sus siglas RIAA, demandó a Napster ante una corte federal de San Francisco por violar los derechos de autor. La RIAA estaba formada por grandes empresas discográficas como Sony Music, Universal Music, Bertelsmann, Time Warner o Seagram.

Se pretendió demostrar que el modelo de negocios de Napster causaba daños irreparables a la RIAA y millones de dólares de pérdidas por las obras y prestaciones que se dejaban de vender, debido a que la música era descargada entre los usuarios por los sistemas de intercambio.

A tales efectos se llevaron a cabo estudios de mercado que evidenciaban la disminución de las ventas de las obras originales y por tanto las pérdidas de la industria por la aplicación de Napster.

Las cifras arrojadas por el estudio eran alarmantes al establecer que las compañías fonográficas reportaban pérdidas ascendentes a 300 millones de dólares. Se planteaba específicamente que los miembros y asociados de la RIAA contaban con un 87% de derechos en relación con los catálogos que se descargan en Napster, pero más preocupante resultaba un estudio a futuro que establecía una posibilidad de pérdidas de hasta 10.000 millones de dólares para la industria discográfica.

La demanda fue interpuesta ante la Corte Federal del Norte de California que dictó una medida cautelar de cierre de Napster, pidiendo el cese y que se evitara la descarga y el intercambio de todas las obras protegidas por el derecho de autor en un término establecido, y de imposible cumplimiento, lo que conllevó al cierre y clausura de Napster.

### **3.2.3. Normas transgredidas por Napster**

Las normas del copyright parten de la Constitución de los Estados Unidos y, en este caso, se asume como el conjunto de normas violadas, partiendo de esta norma fundamental, las siguientes:

1. Copyright Act de 1976
2. *Audio Home Recording Act* de 1992, *Copyright Act of 1976, as amended Chapter 10, Digital audio recording devices and media.*
3. *Digital Millenium Copyright Act* de 1998.

Igualmente Napster realizó estudios de mercado con resultados diferentes a los expresados por la RIAA, con elementos como el crecimiento en un 8% en las ventas de discos. Los abogados defensores de Napster afirman que la copia de música sin fines comerciales no es ilegal según la doctrina jurídica norteamericana y según el criterio de la Corte Suprema. Argumentan que la *Audio Home Recording Act*, establece que la copia sin fines comerciales efectuada por consumidores es legal.

### **3.2.4. Estados Unidos y su protección al derecho de Autor**

Los derechos de autor están protegidos por las leyes de los Estados Unidos, específicamente por la Ley de Derecho de Autor de 1976, en inglés Copyright Act. En este caso la protección versa sobre los creadores de obras originales de autor, como pueden ser obras literarias, dramáticas, musicales, artísticas y algunas otras obras intelectuales.

La protección del derecho de autor recae sobre obras publicadas y también sobre obras que no han sido publicadas. Específicamente la sección 106 de la Ley de Derechos de Autor, garantiza al titular de los derechos de autor los derechos exclusivos que se relacionan a continuación:

- Reproducir la obra en ejemplares o fonogramas;
- Preparar obras derivadas de la original;
- Distribuir ejemplares o fonogramas de la obra al público por medio de ventas o por otro tipo de transferencia de posesión, por alquiler, arrendamiento o préstamo;
- Representar o interpretar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas o coreográficas, pantomimas, películas cinematográficas y otras obras audiovisuales;
- Ejecutar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas o coreográficas, pantomimas, obras pictóricas, gráficas o escultóricas, incluidas las imágenes individuales de una película cinematográfica o de alguna otra obra audiovisual; y
- En el caso de las grabaciones sonoras, interpretar la obra públicamente por medio de una transmisión de audio digital. (Circular 1: Fundamentos de los Derechos de Autor, 2008)

Determinados autores de obras de arte visual gozan de los derechos de atribución e integridad que se enuncian en la sección 106ª de la Ley de los Derechos de Autor. Constituye una ilegalidad la violación de los derechos que establece esta legislación.

En los Estados Unidos los derechos de autor no son ilimitados en consonancia con las secciones 107 a la 121 de la Ley de Derechos de Autor que establece las limitaciones legales como el *fair use*. Puede darse el caso en que estas limitaciones sean exenciones específicas de la responsabilidad de los derechos de autor.

Una de las limitaciones más relevantes a los derechos de autor es la doctrina del uso justo o *fair use*, planteada en la sección 107 de la Ley de los derechos de Autor de 1976. Esta limitación puede igualmente manifestarse como una licencia obligatoria que se concede para usos limitados de obras protegidas por el derecho de autor, usos que se permiten por el pago de regalías conforme a la legislación vigente.

### **3.2.5. Desarrollo del proceso judicial: instancias, argumentos de los demandantes y de la defensa**

Fundamento de la demanda: La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet, refiere el autor Pedro Letai:

En diciembre de 1999 varias productoras fonográficas interpusieron una demanda de medidas cautelares contra Napster. La demanda se sustentaba principalmente en el hecho de que los usuarios de Napster cometían una infracción de los derechos de reproducción y distribución sobre las obras y prestaciones musicales almacenadas. Napster podría ser reputado responsable de esas infracciones ya fuera por una responsabilidad concurrente, el llamado contributory infringement, pues quienes estaban detrás de Napster sabían o debían saber de la licitud de la conducta de sus usuarios al tiempo que eran inductores, causantes o contribuidores a dicha conducta; o por una responsabilidad por hecho ajeno, la vicarious liability, ya que Napster tenía a su alcance el controlar a quienes cometían la infracción y además obtenía un beneficio económico derivado de tal actividad infractora. (Letai, 2012)

Los argumentos fundamentales de los demandantes eran tres:

- Los usuarios de Napster violan los derechos de reproducción y distribución de obras musicales registradas, con la creación de un centro de piratería digital sin precedentes.
- De reproducción: por cambio físico de la obra de un soporte a otro.
- De distribución: tanto en la carga como en la descarga de los archivos en formato MP3.
- El 87% de los archivos disponibles en Napster se encuentran registrados y que más del 70% se encuentran registrados bajo el dominio de la actora.

La demandada, en opinión de la Corte, había demostrado que el sistema era potencialmente susceptible de usos alternativos lícitos comercialmente relevantes, y nivel de conocimiento de Napster podía resultar insuficiente para hablar de *contributory infringement*. A falta por tanto de esa específica información que identifique la actividad infractora, al operador no se le puede achacar un contributory infringement únicamente porque el diseño del mismo permita el intercambio de material protegido. (Letai, 2012)

La defensa de Napster se basó en la aplicación de la teoría del *fair use*, plasmada en el artículo 107 de la *Copyright Act* del año 1976, planteando que las limitaciones y excepciones al derecho de autor no se encuentran establecidas de forma previa en un listado sino que pueden ser muy diversas, pero el factor común debe ser la falta de ánimo de lucro o fines comerciales, en el actuar del supuesto infractor.

Los requisitos, basados en el Convenio de Berna para examinar los casos de piratería y determinar si se tipifica o no, son los siguientes:

1. Que el evento esté claramente descrito y delimitado con antelación o sea que se traten de casos especiales o excepcionales.
2. Que con la conducta realizada no se ataque la explotación normal y pacífica de la obra.
3. Que la conducta realizada no cause perjuicio injustificado al autor o titular de los derechos de autor.

El basamento de la defensa de Napster se volcó sobre el tercer requisito, que la conducta realizada no cause perjuicio injustificado al autor o titular de los derechos de autor, y se desglosó en tres puntos esenciales:

- *Sampling* o muestreo

Planteaban que la reproducción temporal de una obra, que se realizaba en este caso en formato MP3, tenía la finalidad de hacer promoción a dicha obra que luego podía ser adquirida en formato CD o cualquier otro formato y que su reproducción no tenía fines comerciales.

En este punto el Tribunal consideró el uso comercial de esta reproducción, haciéndose eco de la parte actora en sus pretensiones y desestimando lo planteado por los defensores de Napster.

- *Space shifting* o cambio de espacio o soporte

La defensa esgrimía que las copias privadas de los sujetos, perfectamente autorizadas por el derecho de autor, eran subidas y compartidas con otros usuarios sin fines comerciales y por tanto no existía infracción a los derechos de la propiedad intelectual.

La copia privada que realizaban los usuarios para sus fines y que no se sanciona como un caso de piratería, pierde este sentido privado al cargar los archivos y ser compartidos y por tanto, convertirse en copia colectiva.

- *Other uses* u otros usos

La defensa de Napster aludía a que la mayoría de las obras que se reproducían y distribuían en el sitio eran de dominio público, bien por autorización de los titulares del derecho de autor que aprovechaban este sitio para promocionar su arte o porque el tiempo transcurrido de la obra ya accedía al régimen de dominio público.

En este sentido, la defensa aludía a las exenciones de responsabilidad por infracciones al derecho de autor, establecidas en el artículo 512, literal d, de la *Digital Milenium Copyright Act*, planteando la razón de ser del sitio de Napster, se avenía perfectamente con la tipificada para los proveedores de servicios en Internet que estipula esta norma.

Al respecto de la defensa de Napster dice el autor Letai que:

En cuanto a lo tocante a la doctrina del *fair use* en la *litis*, Napster alegaba que sus usuarios se limitaban a hacer un uso no comercial de aparatos y medios cuya función primaria era la de realizar copias digitales de audio, alegando que las secciones dedicadas en la DMCA a la remuneración compensatoria por copia privada<sup>38</sup> tenían la funcionalidad de eliminar toda amenaza de responsabilidad para los usuarios por la copia privada de música, fueran cuales fueran los soportes empleados. Las demandantes alegaban, por el contrario, que las secciones dedicadas a la copia privada no eran aplicables a los equipos informáticos puesto que no era función primaria de estos el realizar copias digitales de audio. El Tribunal del Distrito apoyó la tesis de las demandantes y entendió que debido a que Napster propiciaba la descarga gratuita de ficheros compartidos ponía una importante traba de acceso al mercado de la música en Internet. Además, el juzgador descartó la aplicación de la doctrina del caso Sony<sup>39</sup> pues consideró que en Napster apenas eran detectables usos no infractores comercialmente relevantes. (Letai, 2012)

### 3.2.6. Cargos

Los cargos que se imputaban a Napster por parte de la RIAA fueron:

- *Direct infringement* o infracción directa

La RIAA pretendió demostrar la infracción directa a los derechos de los titulares del derecho de autor que gozan de los privilegios de las normas del copyright y que la infracción fue cometida por los usuarios de Napster al cargar, descargar y compartir archivos, violando los derechos de reproducción y distribución, trasciende el ámbito de protección del conocido *fair use*.

- *Contributory infringement* o infracción contributiva

La infracción contributiva se tipificaba que Napster tenía conocimiento de causa sobre el uso colectivo de las obras, su intención era evidente y se inducía a la reproducción y distribución ilícitas de las obras, siendo un autor por colaboración necesaria.

El RIAA demostró:

- ✓ El derecho exclusivo de autoría o titularidad sobre una obra o material protegido por el derecho de autor.



- ✓ Infracción del derecho patrimonial de reproducción por propiciar la reproducción de copias sin autorización de material protegido por el derecho de autor.
- ✓ Pleno conocimiento de Napster de la ilicitud de la reproducción.
- ✓ Contribución de Napster en forma efectiva, material y fehaciente, a la infracción.

- *Vicarious liability* o responsabilidad por el hecho de un tercero

Existe la obligación de vigilancia de los actos de los usuarios del sitio y por tanto se infringe también el derecho de autor.

### **3.2.7. Decisión final de la Corte**

El fallo del 12 de febrero del 2001 de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, de los jueces Mary M. Schroeder, Robert R. Beezer, y Richard A. Páez establecía que:

1. Existió violación directa.
2. Quedó demostrado la legitimidad de los derechos por parte del titular.
3. Quedó demostrada la violación de al menos los derechos exclusivos del titular.
4. Se hubiese podido alegar el *fair use* o uso justo si se hubiesen cumplido los criterios siguientes:
  - ✓ El propósito y el carácter del uso.
  - ✓ La naturaleza de la obra objeto de protección por el derecho de autor.
  - ✓ La cantidad y sub cantidad de usos con relación al trabajo.
  - ✓ El efecto del uso en el mercado.

Pero ninguno de los criterios quedó demostrado en el caso por la defensa de Napster. En la primera sentencia se condenó a Napster como responsable subsidiario de la infracción, pero cuando el demandado apeló, se confirmó la sentencia con algunas diferencias.

Concluyó por tanto el órgano judicial que Napster sabía o debía haber sabido, del carácter ilícito de la conducta de sus usuarios, al tiempo que inducía, causaba o contribuía materialmente a la misma, pues no en vano suministraba el software y

las herramientas de búsqueda<sup>40</sup>. Además, la demandada tenía capacidad para controlar la actividad de sus usuarios y poseía un interés económico derivado de ella, pues los usuarios tenían la posibilidad eventual de convertirse en clientes de un servicio de pago y destinatario de mensajes publicitarios.

El auto de medidas cautelares fue lógicamente recurrido por Napster ante la Corte de Apelación del Noveno Circuito, la cual aceptó dejar en suspenso su ejecución hasta que se sustanciara el recurso. El fallo llegó el 12 de febrero de 2001 y en él se partía también de la premisa de que los usuarios de Napster cometían actos no consentidos de reproducción y distribución de obras y prestaciones musicales protegidas por derechos de autor. (Letai, 2012)

En relación al caso Napster, el autor Pedro Letai(2012) establece una interesante conclusión:

Napster supuso un punto de inflexión clarísimo en lo que a modelo de negocio y explotación de contenidos musicales se refiere, así como un ejemplo para los nuevos agentes que querían desembarcar en el mercado del intercambio de ficheros musicales. La mayor parte de los sistemas de intercambio P2P posteriores a Napster<sup>45</sup> trataron de dificultar la aplicación de los argumentos sobre los que se estimó que Napster podía ser reputado directamente responsable, pues la responsabilidad no le fue impuesta a Napster tanto por la distribución de su software como por la prestación de servicios de apoyo y por el índice de búsqueda de archivos. (Letai, 2012)

### **3.3 Caso Grokster**

#### **3.3.1. La Empresa Grokster**

El software de Grokster es licenciado, por lo que no mejora o modifica el código fuente, pues no accede a él. Este sistema no posee control sobre los supernodos y cada usuario y suscriptor es a la vez, cliente y servidor.

El origen de Grokster se conoce como *Fast track*, Pero emplea la versión de Media Desktop de KAZAA, con licencia autorizada.

Al contrario de Napster que es una red centralizada, las redes descentralizadas como Grokster no conocen en el proceso qué contenido almacenan los internautas en sus ordenadores, de ahí la superioridad en la generación de las redes P2P descentralizadas, sobre las centralizadas.

Grokster es uno de los dos sistemas, junto a Kazaa, que opera oficialmente sobre la red FastTrack. Desarrollado por la empresa Grokster LTD, cuya base de operaciones está situada en la isla caribeña de Nevis, en las Indias Occidentales, es un sistema descentralizado de distribución gratuita no libre y se basa en un modelo de negocio de tipo publicitario combinado con una plataforma de comercialización de productos culturales (música y audiovisual), presentando una estructura económica muy similar a la del sistema Kazaa. De hecho, Grokster también emplea aplicaciones spyware y mantiene un acuerdo con la empresa Cydoor, proveedora de aplicaciones publicitarias y de recolección de datos del sistema Kazaa. (Calvi, 2004)

### **3.3.2. Acciones legales de la MGM contra Grokster**

La Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., demandó a Grokster, Ltd., en relación con la aplicación de la ley de copyright por permitir el intercambio de archivos a través de redes que violentaban los derechos de reproducción y distribución de los titulares de los derechos de autor de las obras en cuestión.

Se cuestionaba en la demanda si era permisible que la empresa Grokster, a sabiendas, permitiera fomentar y se beneficiara de millones de actos de infracción de los derechos de autor.

En las encuestas aportadas por la *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc.*, se reconocía que solo el 10% de las obras disponibles en la red Grokster no estaban protegidas por el derecho de autor, por lo que se transgredían dichos derechos en el 90% de las obras en la red.

### **3.3.3. Normas transgredidas por Grokster**

Se imputaba a Grokster:

- La distribución de un dispositivo o de productos.
- Actos de infracción directa cometida por terceras personas.
- Un interés o propósito de promover un uso infractor.

En consecuencia, las normas que se infringían, al igual que en el caso Napster eran:

1. Copyright Act de 1976

2. *Audio Home Recording Act* de 1992, *Copyright Act of 1976, as amended Chapter 10, Digital audio recording devices and media.*
3. *Digital Millenium Copyright Act* de 1998.

Grokster y StreamCast ofrecen en forma gratuita un programa de computación en Internet que permite transmitir archivos digitales que contienen música, películas, programas de televisión y otros. Un grupo de empresas de la industria del entretenimiento y algunos individuos promovieron un juicio contra Grokster y StreamCast por infracción al derecho de autor. En primera y segunda instancia se resolvió que Grokster y StreamCast no eran responsables por las infracciones que cometiesen los usuarios de estos programas de computación provistos por ellos. Los accionantes apelaron la decisión de segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. La Corte Suprema de dicho país entiende que las demandadas son responsables por las infracciones al derecho de autor cometidas por los terceros que han recibido de éstas el programa de computación en cuestión. Por ende, dicho tribunal revoca lo resuelto en las instancias inferiores y ordena que el expediente sea reenviado a la Cámara de Apelaciones del Noveno Circuito a fin de que se dicte una sentencia a favor de los accionantes. (Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. en el caso MGM vs Grokster)

Se partía del criterio constitucional de la protección a los derechos de autor o copyright, y al supuesto de que Grokster era una plataforma ideal para transgredir los derechos de reproducción y distribución de los titulares de los derechos de autor.

### **3.3.4. El derecho de Autor en los Estados Unidos**

La protección de los derechos de autor comienza por primera vez, con la fijación de la obra. En este momento, la obra creada se vuelve propiedad del autor que la creó de forma inmediata.

Sólo el autor o los titulares del derecho de autor pueden reclamar todas las prerrogativas que se derivan de tal condición. Cuando las obras son creadas por un contrato de alquiler de obra o de servicios, es el contratante quien ostenta la titularidad.

La sección 101 de la Ley de los derechos de autor conceptualiza la obra creada por un contrato de alquiler de obra o de servicios en la forma siguiente:

1. Una obra preparada por un empleado dentro de lo que abarca su campo de trabajo;

2. Una obra encargada o asignada en especial para usarse como:

- una contribución a una obra colectiva
- parte de una película cinematográfica o de otra obra audiovisual
- una traducción
- una obra suplementaria
- una compilación
- un texto educativo
- un examen
- material de respuesta para un examen
- un atlas si las partes acuerdan expresamente en un documento escrito firmado por ellos que la obra se considerará como que ha sido creada por un contrato de alquiler de obra o de servicios. (Circular 1: Fundamentos de los Derechos de Autor, 2008)

Los autores de una obra en colaboración son cotitulares de los derechos de autor, salvo la existencia de un acuerdo previo que estipule circunstancias diferentes. La protección de los derechos de autor está disponible para todas las obras, aunque no estén publicadas y bajo cualquier nacionalidad o domicilio del autor.

Las obras publicadas son elegibles para la protección de los derechos de autor en los Estados Unidos, si se cumple con cualquiera de los siguientes requisitos:

- En la fecha de su primera publicación, uno o varios de los autores son ciudadanos de los EE. UU. o son domiciliarios en el país, son ciudadanos o domiciliarios en un país extranjero que forma parte de un tratado o convención\*, o son apátridas (personas sin nacionalidad), sin importar donde tengan su domicilio; o
- La obra se publica por primera vez en los EE.UU. o en una nación extranjera que, al día de publicación de la obra, forma parte de un tratado o convención sobre derechos de autor. En ese sentido, una obra que haya sido publicada en los EE. UU. o en alguna de estas naciones en el lapso de 30 días posteriores a su publicación en una nación extranjera que no forme parte de un tratado o convención sobre derechos de autor, será considerada como publicada por primera vez en los EE.UU. o en alguna de las naciones extranjeras que sean parte de dicho tratado o convención, según corresponda; o
- La obra es una grabación sonora que fue fijada por primera vez en alguna de las naciones extranjeras que sean parte de dicho tratado o convención; o
- Se trata de una obra de carácter pictórico, gráfico o escultórico que ha sido incorporada a un edificio u otro tipo de estructura; o de una obra arquitectónica que ha sido incorporada a un edificio o estructura ubicada en los EE.UU. o en alguna de las naciones extranjeras que sean parte de dicho tratado o convención; o

- La obra es publicada por vez primera por las Naciones Unidas o por algunas de sus agencias especializadas, o por la Organización de Estados Americanos; o
- La obra es una obra extranjera que se encontraba en el dominio público en los EE. UU. antes del año 1996 y cuyos derechos de autor fueron restituidos bajo los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA, por sus siglas en inglés).
- La obra está dentro del alcance de una proclamación Presidencial. (Circular 1: Fundamentos de los Derechos de Autor, 2008)

### **3.3.5. Desarrollo del proceso judicial: instancias, argumentos de los demandantes y de la defensa**

Los demandantes establecían que se daba demasiada relevancia a la tecnología y la innovación y no se valoraba en forma adecuada la protección a los derechos de propiedad intelectual vulnerados por las redes P2P.

En las encuestas aportadas, se reconocía que solo el 10% de las obras disponibles en la red Grokster no estaba protegido por el derecho de autor, por lo que se transgredían dichos derechos en el 90% de las obras en la red.

La defensa planteaba que sus programas de computación se utilizaban para reproducir obras de dominio público y que no podía determinar una responsabilidad contributiva pues los sistemas descentralizados no permiten conocer qué se almacena en el ordenador de los usuarios.

La mayor parte del caso Grokster se analizó en relación con las prácticas de justicia del caso Sony, constitutivo de un precedente judicial para el sistema de los Estados Unidos. Se pretendía deslindar la responsabilidad de los usuarios en la responsabilidad de las redes P2P.

### **3.3.6. Cargos**

Puntualmente los cargos contra Grokster fueron dos:

- **Infracción de derechos de autor contributiva**

Se planteaba que en este caso Grokster pasaría a ser un autor de la infracción pues contribuía a que los usuarios tuvieran acceso de forma ilegal a obras protegidas por el derecho de autor y que a su vez estas fueran distribuidas por la red.

- Responsabilidad en la infracción de derechos de autor por el hecho de otro *vicarious liability*.

Se pretendía sancionar la obligación de vigilancia de los actos de los usuarios del sitio, que infringen el derecho de autor, y que obviamente no fue asumida por la red Grokster.

### **3.3.7. Decisión del Tribunal de Apelaciones**

El Tribunal Federal de Apelaciones de San Francisco en fallo de fecha 19 de agosto del año 2004, confirmó de forma íntegra la sentencia de la Corte de Distrito y en consecuencia eximió a los programadores y distribuidores de contenidos protegidos por el derecho de autor de la red P2P Grokster.

En cuestión estimó:

- Existencia de una violación directa a los derechos de reproducción y distribución de los titulares de los derechos de autor por parte de los usuarios de la red.
- No quedó probada la contribución material de la red a la violación de los derechos de autor
- No quedó demostrada la responsabilidad por el hecho de un tercero de la red Grokster,
- Se estableció en forma clara que el demandado Grokster, como red y dado que es un sistema descentralizado, no era posible supervisar la actividad de los usuarios.
- Se decidía de forma rotunda, la legalidad del sistema descentralizado P2P Grokster.
- Se apoyaban las técnicas, sujetas a derecho, de innovación de la información.

Al decir del autor Juan Calvi:

Grokster ha sido, junto a Morpheus y Kazaa, uno de los actores principales del caso judicial más notorio contra los Sistemas de Intercambio P2P por parte de la RIAA/MPAA, aunque ha sido absuelto recientemente junto a Morpheus. Actualmente, ha sido descargado más de 7 millones de veces desde su lanzamiento. (Calvi, 2004)

Finalmente la sentencia del Tribunal Supremo estimó que:

Aquel que distribuye un dispositivo con el objeto de promover su uso para defraudar derechos de autor, según lo exhiba por manifestación expresa u otras

medidas positivas llevadas para fomentar la defraudación, es responsable por los actos de defraudación llevados a cabo por terceros (del voto del juez Souter, al que adhieren el resto de los jueces por unanimidad). (Traducción libre realizada por Ana M. A. de Borthwick y Federico Pablo Vibes).

Una persona incurre en defraudación en forma concurrente al derecho de autor cuando en forma intencional induce o fomenta la defraudación directa, y una persona comete defraudación a través de otra cuando beneficiándose de la defraudación directa, se niega a ponerle fin o limitar la misma (del voto del juez Souter, al que adhieren el resto de los jueces por unanimidad). (Traducción libre realizada por Ana M. A. de Borthwick y Federico Pablo Vibes). (...)

Aun cuando el número absoluto de archivos copiados en forma legítima mediante los programas de computación de Grokster y StreamCast es importante, ello no es suficiente para afirmar que el producto sirve para usos legítimos sustanciales, y que por ello, sus titulares sean inmunes a ser legalmente responsables por las infracciones realizadas por los usuarios de dichos programas de computación. Por el contrario, el número de copias legítimas debe ser cotejado con el número total de archivos traficados entre los usuarios (del voto concurrente de los jueces Guinsburg, Rehnquist y Kennedy). (Traducción libre realizada por Ana M. A. de Borthwick y Federico Pablo Vibes).

Los jueces no tienen la especialidad técnica para responder la cuestión relativa a la presente o futura compatibilidad o viabilidad comercial de las nuevas tecnologías, en la cual los profesionales con formación técnica, ingenieros y hombres de negocios pueden disentir radicalmente, y donde las respuestas pueden diferir dependiendo del enfoque, y según el tiempo en que el producto fue desarrollado o el tiempo en que fue distribuido (del voto concurrente de los jueces Breyer, Stevens y O'Connor). (Traducción libre realizada por Ana M. A. de Borthwick y Federico Pablo Vibes). (Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU en el caso MGM vs Grokster)

### **3.4 Caso Megaupload**

#### **3.4.1. La Empresa Megaupload**

Megaupload no era una página de contenidos, era propiamente un fichero de almacenamiento de datos. Un gran fichero para depositar de información, con similitud a un disco duro infinito. Se creó en fecha 21 de marzo del año 2005.

En este fichero los usuarios podían subir material propio y también archivos con derechos de autor. Ahí se generaban links de descarga, para que el archivo pudiese ser descargado por cualquier usuario.



El servicio contaba con servidores que alojaban la información y se recuperaba la inversión en la publicidad generada por esta página con las suscripciones y en los proyectos paralelos como son Megavideo, Megaporn, MegaLive, Megaclick. Estos proyectos paralelos usaban el contenido subido por los usuarios para que fuera compartido.

Por las acciones de esta empresa se violaba el derecho de que no pueden realizarse copias desmedidas de los archivos que circulan por la red, así como el reconocimiento del derecho de autor y de la propiedad intelectual relacionado con el derecho de reproducción y abuso de la obra.

En este sentido, resultaba necesario que el Estado garantizara la protección a los derechos de autor, tomando medidas que resultaran realmente como escarmiento, en el uso y respeto del derecho de autor en los medios digitales.

#### **3.4.2. Acciones legales del FBI contra Megaupload**

El cierre de la página Megaupload fue una operación realizada por el FBI. El comunicado emitido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos establece que la acusación se basa contra un modelo de negocio que estimula la subida de obras que se encuentran protegidas por el derecho de autor.

En consecuencia se vulneran los derechos de reproducción y distribución de la obra, causando perjuicio a sus titulares. También se acusó a los demandados por conspirar para el lavado de dinero que se materializaba en el pago de los usuarios y a las empresas para organizar el contenido infractor.

#### **3.4.3. Normas transgredidas por Megaupload**

En la legislación sobre derechos de autor de Estados Unidos, el Copyright Act, una página que contiene contenido generados por sus usuarios, obligatoriamente debe de cumplir ciertos requisitos para que pueda ser excluida de la responsabilidad frente a cualquier infracción cometida por los usuarios.

Los mencionados requisitos son:

- ✓ No tener conocimiento de la existencia del material infractor.
- ✓ No estar al tanto de los hechos o circunstancias de las cuales se deriva la ilegalidad aparente de la actividad infractora.

- ✓ Actuar expeditamente para remover o deshabilitar el acceso al material infractor.

#### **3.4.4. Desarrollo del proceso judicial: instancias, argumentos de los demandantes y de la defensa cargos**

La acusación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos planteaba la existencia de una modalidad de pago a los usuarios con mayores descargas y de colaboración con páginas que compartían los contenidos.

El FBI provocó el cierre del portal con la acusación por infracción de derecho de autor, que generó 175 millones de dólares en gastos legales y alegó 500 millones de dólares de pérdidas por derechos de autor.

Fueron arrestadas siete personas en los Estados Unidos y cuatro en Nueva Zelanda,<sup>8</sup> entre ellos el fundador, Kim Schmitz, Finn Batato y MathiasOrtmann. Los acusados podrían enfrentar una pena de hasta 50 años de privación de libertad.

Megaupload llegó a ser el servicio más popular de almacenamiento de ficheros y se calculó que representaba el 4% del total del tráfico diario. Hubo muchas protestas en relación con el cierre de la página y los procedimientos del FBI y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

#### **3.4.5. Cargos**

Se formularon específicamente dos cargos:

- Infracción de derecho de autor

Se establecía que se violaba el derecho de autor en los derechos patrimoniales de reproducción y distribución, en tanto se permitía el libre acceso a contenido protegido por las normas del copyright.

- Lavado de dinero

Se planteaba que en relación con el lavado de dinero, lo que existía era una conspiración para el lavado de dinero que se llevaba a la práctica con el pago que se hacía por parte de los usuarios y de las empresas para organizar el contenido infractor.

### **3.4.6. Decisión final de la Corte**

La Corte de Virginia estableció que Megaupload no cumplía con los requisitos para ser excluida de la responsabilidad frente a cualquier infracción cometida por los usuarios, relativa al derecho de autor y por tanto incurría en esta violación a partir de que:

- Tenían conocimiento de la existencia del material infractor.
- Conocían de los hechos o circunstancias de las cuales se deriva la ilegalidad aparente de la actividad infractora.
- No realizaron acciones para remover o deshabilitar el acceso al material infractor.

El Departamento de Justicia de Estados Unidos tardó tres años en conseguir su primera sentencia de prisión, hasta que en el año 2014 se condenó al señor Andrus Nõmm, un programador que se declaró culpable de desarrollar contenidos para Megaupload, con el total conocimiento de que se dedicaban a distribuir contenido protegido por Copyright, aun año y un día de prisión federal.

## CONCLUSIONES

- Los derechos de propiedad intelectual, entre estos el derecho de autor y los derechos conexos, tienen la misma esencia que el resto de los derechos de propiedad, pues permiten al creador o al titular de un derecho de autor o derechos conexos beneficiarse económicamente de la obra o prestación protegida. El derecho de autor se puede conceptualizar como el conjunto de principios y de normas jurídicas que protegen los derechos morales y patrimoniales que se confieren a los autores sobre sus creaciones que se traducen en obras de distintos géneros: literarias, artísticas, musicales, científicas o didácticas, independientemente que estén publicadas o inéditas.
- El derecho de autor comprende dos ámbitos de protección diferentes: por una parte, los derechos patrimoniales, que entrañan un contenido económico y son los que permiten al titular o a sus derechohabientes beneficiarse de las modalidades de uso o explotación de la obra mediante su reproducción, comunicación, distribución, transformación, sea cual fuere el medio o procedimiento utilizado para este fin y los derechos personales o morales que son derechos intransferibles e imprescriptibles, tales como el derecho de paternidad e integridad de la obra, al igual que los derechos de divulgación o inédito entre otros grupos de derechos personalísimos.
- En la Ley de Propiedad intelectual, existen tres tipos de medidas a tomar para el caso en que sean vulnerados los derechos de autor: las civiles, en función de determinar daños y perjuicios causados a los artistas y productores de fonogramas; penales, que preveía la sanción penal ante un delito tipificado en la legislación pertinente, que actualmente han sido derogadas con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal; administrativas, que conceden al Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual la capacidad de conocer de las infracciones suscitadas a derechos de propiedad intelectual en cualquier ámbito de concurrencia. El Estado ecuatoriano debería impulsar la protección de los derechos de propiedad intelectual, especialmente el derecho de autor, implementar una serie de programas y políticas

en aras de intentar hacer efectiva la protección de los derechos protegidos; no obstante, en los últimos años se observa que desde el IEPI se han desarrollado acciones destinadas más bien a favorecer a las agrupaciones de vendedores informales o “piratas” a quienes se ha reconocido incluso la condición de gestores culturales.

- El alcance a la información a través del Internet es ilimitado, por lo que la apropiación de la información y de la producción intelectual se da de forma común, además del desconocimiento de los derechos de autor. El Ecuador posee altos índices de piratería de las creaciones intelectuales y esto deriva en una limitación en la creación de nuevas producciones nacionales.
- Los diferentes casos de demandas a empresas, cuyo accionar propicia que los usuarios de los medios digitales vulneren los derechos de autor de las obras a las que acceden, demuestran que en la actualidad se protege por el sistema judicial la innovación, pero en igual medida se deslinda el papel que desarrollan las empresas que permiten que sea compartida la información en relación con los usuarios que realizan actos de piratería.
- Actualmente en el Ecuador se está discutiendo el proyecto del Código de la Economía Social de los Conocimientos, Creación y la Innovación – COESCC+i, que en el Libro III, denominado “De la Gestión del Conocimiento” deroga la Ley de Propiedad Intelectual y cuyo contenido, de manera general, recoge las teorías minimalistas del derecho de autor, desfavoreciendo la protección que actualmente se encuentra reconocida con la introducción de innumerables limitaciones y excepciones, licencias obligatorias e instituciones ajenas a la tradición jurídica latina o continental como el “fair use” propio del sistema anglosajón del Common Law.
- En la actualidad la globalización tecnológica, el mundo del acceso masivo al internet, la invasión por el progreso tecnológico, ha logrado que las personas se encuentren con programas que facilitan la reproducción musical, es así que, tenemos el ejemplo actual del programa sueco SPOTIFY el cual permite la transmisión por flujo continuo

de datos musicales; en este sentido, este tipo de programas permiten que el Derecho de Autor se expanda en lo que concierne a la protección mediante el mundo del internet, y es una contribución a que las personas que son afines a la música obtén por el acceso a la música legal y eviten la descarga no autorizada de la música mediante el internet.

## **RECOMENDACIONES**

### **En el orden legislativo:**

- Fortalecer el ordenamiento jurídico en materia de la propiedad intelectual, en función de incluir tácitamente las responsabilidades por las violaciones al derecho de autor y los derechos conexos a través de internet, en especial por los distribuidores de contenidos protegidos en los diferentes medios digitales que actualmente es una forma más frecuente de violar estos derechos.
- Reestablecer el marco sancionador de los delitos que afectan a la propiedad intelectual en general y, de manera especial, el de piratería lesiva al derecho de autor como política penal inmediata, puesto que actualmente ninguna conducta infractora a estos derechos se encuentra sancionada en el Código Integral Penal, en tanto que no se aprecia clara y efectivamente la disminución de estas conductas en el territorio.
- El proyecto del Código de la Economía Social de los Conocimientos, la Creación y la Innovación se debería construir con sustento en las teorías que favorecen el fomento de la cultura y la innovación, partiendo del postulado que el derecho de autor es un derecho humano, consagrado en los instrumentos internacionales vigentes en esta materia y como un derecho fundamental reconocido en nuestra propia Constitución, en el artículo 22.

### **En el orden institucional:**

- Que se realice campañas exhaustivas de información en todo el Ecuador sobre los derechos de propiedad intelectual, el derecho de autor, sus formas de vulneración, sanciones y la protección brindada por el Estado ecuatoriano a este tipo de derechos.

- Que el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual aplique todas las medidas previstas en la Ley de Propiedad Intelectual como la investigación en aras de detectar las áreas fundamentales en las que se comercia material reproducido sin autorización de los autores de las obras.
- Que se revisen las políticas estatales que fundamente un marco jurídico pertinente acorde con las nuevas exigencias sociales en el marco del desarrollo informático que fomente una cultura de respeto hacia las creaciones intelectuales y que incentive la creación de nuevas producciones nacionales.

**En el orden académico:**

- Que la presente investigación pase a formar parte del material de revisión y consulta de los especialistas en la materia en el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual así como las universidades y centros de enseñanza vinculados al tema.



## Bibliografía

- Amoroso Fernández, Y. (2004). Sociedad de la Información, contribución de la Informática Jurídica. *Revista Electrónica de Derecho Informático*, <http://www.alfa-redi.org>.
- Antequera Parilli, R. (s.f.). *Estudios de derecho de autor y derechos afines*.
- Argudo Acarpio, E. (2014). La presencia de la gestión colectiva de los derechos conexos en el Ecuador. *Memoria Conjunta*, 22.
- Argudo Carpio, E. (2005). El derecho de autor y las nuevas tecnologías. En P. U. Ecuador, *Ruptura por la institucionalidad* (pág. 192). Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Calvi, J. C. (2004). *Los sistemas de intercambio de usuario a usuario (P2P) en Internet. Análisis de una lógica de distribución, intercambio y reproducción de productos culturales*. Madrid: Universidad Complutense.
- Canales Loebel, M. P. (2013). Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público. *Revista chilena de Derecho y tecnología*, <file:///C:/Users/Pc4/Downloads/24026-77528-2-PB.pdf>.
- Circular 1: Fundamentos de los Derechos de Autor. (2008, julio). *Oficiando los Derechos de Autor de los Estados Unidos*. Estados Unidos de América: 107/2008 –XX,XXX.
- Coord, G. C. (2005). *Hacia las Sociedades del Conocimiento* . Obtenido de UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>
- Cyranek, G. (2005). *Hacia las Sociedades del Conocimiento*. Recuperado el mayo 23, 2015, de UNESCO : <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>
- Directiva de la Comunidad Europea No. 29. (2000). Directiva 2002/29/CE .
- Fernández Ballesteros, C. (2015). El nuevo contexto del Derecho de autor en el siglo XXI. *Revista Jurídica*, [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=543&Itemid=118](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=543&Itemid=118).
- Fernández Delpech, H. (2001). *Internet: Su problemática jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Abeleo-Perrot.
- Gómez Segade, J. (1999). *El Derecho de Autor en el Entorno Digital*. Madrid, : Editorial Reus.
- Gómez Segade, J. (1999). *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual. El Derecho de Autor en el Entorno Digital*. Madrid: Editorial Reus.
- Informe sobre Comercio Electrónico y Desarrollo*. (2004). Obtenido de Organización de las Naciones Unidas: [www.unctad.org/sp/docs/ecdr2004overview\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/ecdr2004overview_sp.pdf)

- Letai, P. (2012). *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*.
- Ley de Propiedad Intelectual. (2006, diciembre 28). Registro Oficial Suplemento 426.
- López Solorzano, K. J. (2013). *El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de autor: Tratados Internet de la OMPI y la Ley De Propiedad Intelectual Ecuatoriana*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Masuda, Y. (1984). *La Sociedad Informatizada como Sociedad post-industrial*. FUNDESCO.
- Reporte Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de expresión y opinión*. (2011). Obtenido de Organización de las Naciones Unidas: <http://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/2011-06-04/onu-leyes-intercambio-archivos-violan-derechos-humanos/2011060415332600907.html>
- Rodríguez Pardo, J. (2001). *El derecho de autor en la sociedad de la información*. Navarra: Universidad de Navarra.
- Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU en el caso MGM vs Grokster.
- Sociedad de la información*. (2013). Obtenido de Universidad Técnica Particular de Loja: <http://blogs.utpl.edu.ec/sociedaddelainformacion/>.
- Torres, M. (2008). *El derecho de autor y las tecnologías de la información y la comunicación*. CERLAC.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, ANA MARÍA ALOMÍA VELÁSTEGUI C.I. 1716071301 autora del trabajo de graduación intitulado: "EL DERECHO DE AUTOR EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: ANÁLISIS DE LOS CASOS NAPSTER, GROKSTER Y MEGAUPLOAD", previa a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 23 de noviembre de 2015

Ana María Alomía  
1716071301  
FIRMA Y CÉDULA